ISSN 0104-0952

STM

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 24
Número 1
Julho/2014 a Dezembro/2014

REVISTA DE DOUTRINA
E JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 24
Número 1
Jul./2014 a Dez./2014

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

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Comissão de Jurisprudência

Supervisão editorial
Reginaldo Alves Araújo
Eduardo Monteiro Pereira

Capa e projeto gráfico
Luis Carlos dos Reis

Diagramação
Luis Carlos dos Reis
Paulo Henrique Tito

Revisão
Elson André Hermes
Iza Priscila Duarte Costa

Índice de assunto
Nathália Gomes Costa Melo

Ficha catalográfica
Jonniery dos Santos Moreira

Ficha Catalográfica

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 24, n. 1 (jul./dez. 2014). – Brasília : Superior Tribunal Militar, 2015-.
v.

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

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

CDU 344.1

Catalogação na fonte – Seção de Biblioteca

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Elaboração, distribuição e informações
Superior Tribunal Militar (STM)
Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (Didoc)
Setor de Autarquias Sul – Praça dos Tribunais Superiores – Edifício-Sede – 10º Andar
CEP: 70098-900 Brasília-DF
Telefones: (61) 3313-9183/3313-9353/3313-9311
E-mail: didoc@stm.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2014 E 2015

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
(Presidente – até 15/3/2015)
Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros
(Presidente – a partir de 16/3/2015)

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão
(Vice-Presidente – até 15/3/2015)
Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira
(Vice-Presidente – a partir de 16/3/2015)

Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Ministro Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos
(Aposentado em 14/1/2015)
Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto
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
Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa
Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ata da 7ª Sessão Administrativa (Extraordinária), de 9/4/2015
Expediente Administrativo nº 7/15, de 9/4/2015

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos *(Presidente)*
Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos *(Membro)*
Ministro Dr. José Barroso Filho *(Membro)*
Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão *(Suplente)*

Secretário da Comissão (Nomeado pelo Ato nº 1.264, de 24/4/15)
Ignácio Kazutomo Sette Silva *(Analista Judiciário do STM)*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

DOUTRINA

A INCOMPETÊNCIA DOS CONSELHOS DE JUSTIÇA PARA O JULGAMENTO DE CIVIS NO ÂMBITO DA JMU 13
Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Dra. Fernanda Lima Amorim Coutinho

A PROGRESSÃO DO REGIME NOS CRIMES MILITARES ANTE AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO 53
Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Dra. Micheline Barboza Balduino Ribeiro

AS FORÇAS ARMADAS NA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM – RESPALDO JURÍDICO 74
Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

JURISPRUDÊNCIA 2014

APELAÇÃO

92-66.2012.7.03.0103-RS 83
Relator – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

157-94.2012.7.01.0401-RJ 146
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

183-56.2011.7.11.2011-DF 167
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

4-98.2010.7.00.0000-DF 189
Relator – Ten Brig Ar José Américo dos Santos

EMBARGOS

2-73.2003.7.03.0103-RS 309
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

MANDADO DE SEGURANÇA

164-84.2014.7.00.0000-DF 365
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

12-85.2014.7.01.0201-RJ 375
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

18-45.2012.7.01.0401-RJ 393
Relator p/ o Acórdão – Dr. José Barroso Filho

51-17.2014.7.07.0007-PE 456
Relator – Dr. José Barroso Filho

186-65.2012.7.01.0201-RJ 467
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

240-06.2013.7.01.0101-RJ 480
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

ÍNDICE DE ASSUNTO 489

Apresentação

Com a edição do volume 24 da *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, agora editada em 2 números, referente aos acórdãos de julho de 2014 a junho de 2015 desta Corte, a Comissão de Jurisprudência consolida a meta propugnada de difusão da doutrina e da jurisprudência referentes à Justiça Militar da União (JMU).

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

A seguir relacionamos os artigos que foram colaborações de representantes da magistratura e da promotoria da Justiça Militar da União:

Volume 24, número 1

a) "A incompetência dos Conselhos de Justiça para o julgamento de civis no âmbito da JMU" (Ministro Vice-Presidente do STM ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA e Analista Judiciária da JMU FERNANDA LIMA AMORIM COUTINHO);

b) "A progressão do regime nos crimes militares ante as relações especiais de sujeição" (Ministra do STM MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e Analista Processual da PGR MICHELINE BARBOZA BALDUINO RIBEIRO); e

c) "As Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem – Respaldo Jurídico" (Ministro do STM LUIS CARLOS GOMES MATTOS);

Volume 24, número 2

a) "*Status* de militar do desertor para se ver processar e seus reflexos para o Serviço Militar" (Ministro do STM FERNANDO SÉRGIO GALVÃO);

b) "As questões que envolvem o aumento da competência da Justiça Militar da União" (Ministro do STM CARLOS AUGUSTO DE SOUSA);

c) "Alguns mitos que podem influenciar na busca pela verdade no processo penal militar" (Juiz-Auditor Substituto ANDRÉ LÁZARO FERREIRA AUGUSTO); e

d) "Processo e julgamento de civis pelo juiz monocrático na Justiça Militar da União" (Promotor de Justiça Militar JORGE CESAR DE ASSIS).

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 2015 já estão disponíveis no sítio www.stm.jus.br/publicacoes.

Comissão de Jurisprudência

DOUTRINA

A INCOMPETÊNCIA DOS CONSELHOS DE JUSTIÇA PARA O JULGAMENTO DE CIVIS NO ÂMBITO DA JMU

Artur Vidigal de Oliveira [1]
Fernanda Lima Amorim Coutinho [2]

INTRODUÇÃO

A competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis que tenham cometido delitos militares trata-se de assunto que muito tem despertado a atenção dos juristas que militam nesse ramo do Direito. Na medida em que a doutrina e a jurisprudência passam a questionar essa competência, maior se torna a responsabilidade de a própria Justiça Militar, por meio de seus magistrados, posicionar-se sobre a questão.

Este é o propósito do presente trabalho: fazer uma reflexão crítica sobre o atual modelo de atuação da JMU no que toca ao processamento e julgamento de civis.

Nesse contexto, importante se faz, inicialmente, a análise do modo como os conceitos de crime militar e de Justiça Militar autorizam a extensão da jurisdição penal militar aos civis. Em seguida, em atenção às críticas apresentadas pela jurisprudência quanto à questão, cumpre discorrer sobre o direito comparado e, em especial, sobre a problemática gerada pela submissão de civis a julgamento por órgãos colegiados de primeira instância compostos majoritariamente por juízes militares: os Conselhos de Justiça.

A ideia é trazer para o debate aspectos históricos, legais, doutrinários e jurisprudenciais que permitam traçar diretrizes mais precisas no que toca ao julgamento de civis no âmbito da JMU e, assim, apresentar subsídios para que a Justiça Militar – em especial o Superior Tribunal Militar – esteja preparada para responder às críticas contra sua competência.

---

[1] Ministro do Superior Tribunal Militar.
[2] Analista Judiciária da Justiça Militar da União, lotada no Superior Tribunal Militar.

O CONCEITO DE CRIME MILITAR NO BRASIL

Inicialmente, cumpre observar ter ocorrido uma evolução no que diz respeito ao modo como se entende o crime militar no Brasil. Durante o Império, o que predominantemente definia um delito como sendo de natureza militar era o seu sujeito ativo. Assim, salvo raras exceções, o crime militar era aquele cometido por militar em serviço e estava atrelado a matéria nitidamente disciplinar.

Com o advento da Constituição Republicana de 1891, verificou-se uma tendência em identificar o crime militar com base no critério *ratione materiae*. Assim, aos poucos, no exercício de se identificar os delitos afetos à jurisdição castrense[3], passou-se a observar mais a natureza da infração do que seu sujeito ativo.

Mas foi com a Constituição de 1934 que a Justiça Militar, uma vez inserida no Poder Judiciário, definitivamente deixou de ser destinada ao julgamento dos militares, passando a se ocupar do julgamento dos crimes que a lei definia como militares. Assim, a identificação desses delitos não mais dependia do sujeito ativo. Prova disso foi a extensão da jurisdição militar aos civis.

A adoção desse critério *ratione legis* no estabelecimento da competência da Justiça Castrense influenciou não só a elaboração do Código Penal Militar de 1944, como também as demais ordens constitucionais que sucederam à de 1934. Tratou-se de mudança de paradigma que implicou a criação de tipos penais militares que poderiam abarcar condutas de qualquer pessoa, civil ou militar.

Não foi diferente com a Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 124, fixou a competência da Justiça Militar da União em relação ao processamento e ao julgamento dos crimes militares definidos em lei, como se pode observar:

> *"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."*.

---

[3] Apesar de a Justiça Militar ter passado a integrar o Poder Judiciário apenas a partir da Constituição de 1934, é possível se dizer que, anteriormente, ela já exercia verdadeira função jurisdicional.

Pelo que se depreende desse dispositivo da Lei Maior, o legislador constituinte, além de fixar a competência da Justiça Militar da União, assentou o critério *ratione legis*, delegando para o legislador ordinário o estabelecimento dos crimes militares e das suas condicionantes. Assim, é considerado crime militar todo aquele com previsão expressa no CPM.

Destaque-se que a vigente Constituição Federal recepcionou a lei ordinária que trata da matéria, isto é, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), que, em seu art. 9º, apresenta rol taxativo das circunstâncias nas quais, em tempo de paz, um delito penal deva ser considerado como de natureza militar.

Dentre tais circunstâncias, encontram-se aquelas nas quais os civis podem ser considerados sujeitos ativos de crimes militares, consoante se observa dos incisos I e III do referido dispositivo legal, *in verbis*:

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

O que se depreende desses dispositivos é que, no âmbito infraconstitucional, a competência foi estabelecida *ratione materiae*. Assim, independentemente de o sujeito ativo ser civil ou militar, há crimes que ofendem as instituições militares, pondo em risco bens jurídicos importantes para a manutenção das Forças Armadas e, consequentemente, para o cumprimento de suas finalidades constitucionais quanto à garantia da ordem constitucional democrática e da soberania nacional.

Nesse contexto, cumpre observar que a existência de bens jurídicos garantidores da eficácia das Forças Armadas reclama a atuação de um órgão judiciário especializado. Por conseguinte, não há como se negar ser da Justiça Militar da União a competência de garantir a manutenção desses corpos militares, mesmo quando a ameaça que estes estejam sofrendo não provenha da violação de deveres militares daqueles que vivem e seguem a disciplina dos quartéis.

Na verdade, a competência dessa jurisdição especializada mostra-se imprescindível sempre que, de alguma forma, se coloque em risco bem ou interesse vinculado à destinação constitucional das instituições militares, ainda que o sujeito ativo do delito seja civil. Afinal, como visto, a Justiça Castrense não encontra sua razão de ser no fato de julgar militares, mas sim nos bens jurídicos que tutela; é isso o que se infere da conjugação entre o art. 124 da Constituição Federal com o art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar.

A CONTROVÉRSIA LIGADA AO JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR

Não obstante o critério definido pela legislação penal militar brasileira para o julgamento dos crimes militares, observa-se a existência de debates no Supremo Tribunal Federal no sentido de se retirar da Justiça Militar da União a competência para processar e julgar civis que cometam delitos contra bens e interesses afetos às Forças Armadas.

Com efeito, em 9 de agosto de 2011, ao julgar a Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 109.544/BA, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, a 2ª Turma da Corte Suprema assim se posicionou:

> *"EMENTA: 'HABEAS CORPUS' -* ***IMPUTAÇÃO, AO PACIENTE, QUE É CIVIL, DE CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO - SUPOSTO USO DE DOCUMENTO ALEGADAMENTE FALSO (CPM, ART. 315) - CADERNETA DE INSCRIÇÃO***

E REGISTRO (CIR) EMITIDA PELA MARINHA DO BRASIL - LICENÇA DE NATUREZA CIVIL - CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ - REGULAÇÃO DESSE TEMA NO PLANO DO DIREITO COMPARADO - OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR *- PEDIDO DEFERIDO. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL. - A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, 'ratione personae'. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). - O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, 'tout court'. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz. A REGULAÇÃO DO TEMA PERTINENTE À JUSTIÇA MILITAR NO PLANO DO DIREITO COMPARADO. -* ***Tendência que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros, no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar:*** *Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28), v.g. - Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos ('Caso Palamara Iribarne vs. Chile', de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que 'um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)' (item nº 269, n. 14, da parte dispositiva, 'Puntos Resolu-*

tivos'). - O caso 'ex parte Milligan' (1866): importante 'landmark ruling' da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. - ***É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo – considerado o princípio do juiz natural –, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas – que representam limitações expressivas aos poderes do Estado –, consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural****. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'.*

(...)". [Grifos nossos].

Outro exemplo da tendência do STF em restringir a competência da JMU quanto ao processamento e julgamento de civis pode ser observada na ementa do julgamento do *Habeas Corpus* nº 113.423/SP, de relatoria da Ministra ROSA WEBER, julgado pela 1ª Turma em 5 de fevereiro de 2013:

"EMENTA HABEAS CORPUS. *PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. ESTELIONATO. SAQUE INDEVIDO DE PENSÃO MILITAR. JUSTA CAUSA PARA A DENÚNCIA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. 1. Paciente denunciada pelo Ministério Público Militar pelo crime de estelionato (art. 251,* caput*, do Código Penal Militar), praticado em detrimento do Fundo de Pensionistas do Exército Brasileiro. 2. Não se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 3. Pode-se confiar no devido processo legal, com o trâmite natural da ação penal militar, para prevenir de forma suficiente eventuais ilegalidades, abusos ou injustiças no processo penal, não se justificando o trancamento da ação, salvo diante situações excepcionalíssimas. Deve-*

> *se dar ao processo uma chance, sem o seu prematuro encerramento. 4.* ***A competência da Justiça Militar, embora não se restrinja aos integrantes das Forças Armadas, deve ser interpretada restritivamente quanto ao julgamento de civil em tempos de paz por seu caráter anômalo****. Precedente: HC 81.963/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 18.6.2002.* ***Apesar da tendência de limitar a atuação da Justiça Castrense em tempos de paz, o saque indevido por civil de benefício de pensão militar afeta bens e serviços das instituições militares, estando justificada a competência da Justiça militar****. Precedentes. 5. Ordem denegada."* [Grifos nossos].

Ademais, encontra-se pendente de julgamento naquela Corte a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES. Por meio dela, o Procurador-Geral da República requer seja dada interpretação conforme a Constituição ao art. 9º, incisos I e III, do CPM, para que se reconheça a incompetência da JMU para julgar civis em tempo de paz. Argumenta, para tanto, que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina e que, portanto, os Tribunais Militares não são seu juízo natural. Afirma, ainda, ser esse entendimento a tendência no plano internacional de proteção aos direitos humanos.

Outro não foi o pleito da Defensoria Pública da União ao impetrar o *Habeas Corpus* nº 112.848/RJ: o reconhecimento da incompetência da JMU para processar e julgar civil acusado dos delitos de resistência, lesão leve e ameaça, supostamente cometidos durante operação de garantia da lei e da ordem.

Dentre seus argumentos, a impetrante questiona, com fulcro no art. 95, incisos I a III, da Constituição Federal, e no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a constitucionalidade dos arts. 16 a 26 da Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92), que determinam que os Conselhos Permanentes de Justiça tenham em sua composição militares desprovidos das garantias de jurisdição independente e imparcial.

Nesse feito, o Ministro-Relator RICARDO LEWANDOWSKI votou pela concessão da ordem, por não considerar a atividade de policiamento ostensivo função de natureza militar. Já o Ministro GILMAR MENDES proferiu voto-vista propondo que fosse dada interpretação conforme a

Constituição Federal (sem redução de texto) aos arts. 16 a 26 da LOJM para que o civil fosse julgado monocraticamente pelo Juiz-Auditor e não mais pelo Conselho Permanente de Justiça. Em seguida, por sugestão da Ministra CÁRMEN LÚCIA, a 2ª Turma daquela Corte, em 18 de fevereiro de 2014, resolveu submeter o julgamento ao Plenário. Assim, os autos aguardam marcação de data para julgamento.

Desse relato, cumpre observar que os questionamentos quanto à competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis que cometem, em tese, delitos militares relacionam-se, principalmente, a dois fatores:

1) a tendência, no plano internacional, de se excluir o civil da jurisdição penal militar; e

2) a associação que se faz entre a Justiça Militar e a ideia de militarização, o que muito se deve ao fato de, na JMU, os civis serem julgados por Conselhos de Justiça compostos, em sua maioria, por juízes militares leigos.

UMA ANÁLISE DA TEMÁTICA

Quanto à tendência, no plano internacional, de se excluir o civil da jurisdição militar, necessária se faz uma reflexão sobre as peculiaridades da Justiça Especializada Militar no Brasil, tendo como pano de fundo esse tipo de justiça no mundo atual.

Quando se fala em Justiça Militar, é difícil traçar uma perspectiva única, já que cada país sofreu diferentes influências na composição e estruturação das leis castrenses. Entretanto, vale refletir sobre as diferenças marcantes hoje existentes, que nos possibilitam assegurar que o Brasil possui uma Justiça Militar com elevado grau de independência e de solidez.

A Justiça Militar brasileira, por motivos óbvios, sofreu, no início de sua estruturação, grande influência da legislação portuguesa. A partir da Proclamação da Independência, em 1822, e com a Proclamação da República, em 1889, a legislação militar pátria passou a seguir nova orientação, adotando regras próprias e específicas, mais adequadas à realidade do país.

Atualmente, nossa Justiça Castrense, quando comparada à maioria dos países, tem um modelo único, principalmente em razão de inte-

grar o Poder Judiciário, o que garante sua independência em relação ao Poder Executivo. Não é, como as outras, uma simples extensão da Corte Marcial.

As Cortes Marciais existentes na maioria dos países do mundo, como se sabe, são tribunais militares, vinculados às Forças Armadas, que julgam militares que cometem crimes dessa natureza, numa extensão das transgressões que atentam contra a hierarquia, a disciplina e o regramento militar dessas Forças. São parte da estrutura de defesa de seus respectivos países e, majoritariamente, são compostas por militares nas funções ligadas à operação e à proteção do Direito.

Já a Justiça Militar brasileira, além da diferença na vinculação, já exposta, tem outras características singulares, como, por exemplo, o fato de os juízes togados, os membros do Ministério Público e os Defensores Públicos ingressarem nas respectivas carreiras mediante concurso público de provas e títulos, não guardando, portanto, qualquer relação de vinculação ou de subordinação com as Forças Armadas. Assim, são preservadas sua independência funcional e todas as demais garantias e prerrogativas para que cumpram o seu mister.

Além disso, é importante destacar que a Justiça Militar da União é uma das mais céleres do Brasil – se não a mais. Ou seja, atua exatamente como deveria atuar todo o Judiciário. Ora, essa boa prestação jurisdicional, com respeito ao devido processo legal e à duração razoável do processo, demonstra uma garantia a todos aqueles submetidos a essa jurisdição especializada, inclusive aos civis acusados do cometimento de delitos militares.

No entanto, essa não é a realidade que permeia a Justiça Militar da maioria dos países. Nesse sentido, cumpre-nos tecer breves comentários sobre o modelo adotado pelos Estados Unidos da América (muito parecido com o da Grã-Bretanha), tendo em vista sua relevância e influência no cenário mundial.

A Justiça Militar norte-americana tem características singulares, na qual o direito militar não é aplicado por um juiz ou Tribunal, mas pelas "Cortes Marciais"[4] (Corte Marcial Sumária, Corte Marcial Especial e Corte

[4] Essa expressão "corte marcial" tem origem no termo "Marte", que é o Deus da Guerra. Esse nome foi dado em função de essas cortes, inicialmente, serem tri-

Marcial Geral), caracterizadas pela concentração de poder nas mãos do comandante, já que os juízes, os promotores e muitas vezes a própria Defesa são vinculados às Forças Armadas, não sendo órgãos independentes, como no Brasil.

Ademais, no sistema norte-americano, não se verifica a observância do Princípio da Reserva Legal ou da Legalidade nos crimes militares. Não há diferenças nos conceitos de contravenção, crime ou infração disciplinar. Todos estão definidos em sentido lato, como se pode observar no Código Unificado de Justiça Militar dos EUA.

Do analisado, depreende-se que a Justiça Militar dos Estados Unidos, em razão da presença militar norte-americana em praticamente todos os rincões do planeta, é, sem dúvida, uma justiça com maior influência da autoridade militar que a Justiça Militar brasileira. O termo cunhado de "Justiça do Comandante" encontra na norma penal militar norte-americana seu maior respaldo, não guardando qualquer relação com o que se verifica no Brasil.

Portanto, há de se observar que a Justiça Militar brasileira destaca-se em todo o mundo por sua estrutura única, atendendo às exigências do Estado Democrático de Direito. Afinal, além de prezar pela publicidade e celeridade em seus julgamentos, integra o Poder Judiciário, tendo seus Juízes-Auditores, Promotores e Defensores Públicos independência funcional e autonomia administrativa para desempenhar suas funções sem sofrer quaisquer pressões externas.

Afigura-se, assim, no mínimo, temerário importar tendências ou modelos de outros países para o Brasil sem um prévio e aprofundado estudo de nossa Justiça Militar.

Já o segundo fator que, como visto, torna a JMU vulnerável a questionamentos quanto à sua competência para julgar civis merece estudo mais aprofundado. Afinal, o fato de, em primeira instância, os civis

---

bunais especiais formados por ocasião da guerra. Havia a necessidade de se julgar e punir com celeridade os militares que cometiam crimes nos campos de batalha, visando impedir um descontrole e a ocorrência, nas tropas, de casos graves de quebra da hierarquia e de indisciplina. Nessas situações, seria inviável que um tribunal civil julgasse esses crimes com a rapidez que o caso pedia. Os julgamentos eram feitos pelo próprio comandante, assim como a acusação e a defesa eram exercidas por militares.

que cometem delitos militares serem julgados por Conselhos de Justiça, compostos, em sua maioria, por juízes militares leigos, subordinados à hierarquia e à disciplina, constitui o principal argumento daqueles que propõem a retirada dessa competência do âmbito da Justiça Especializada Militar federal.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se pretende aqui analisar a estrutura do Superior Tribunal Militar, até porque a crítica que se faz em relação aos juízes militares quanto ao julgamento de civis não alcança os Ministros da referida Corte. De fato, os juízes militares que compõem os Conselhos de Justiça são militares da ativa, sob supervisão e subordinação de superior hierárquico, já que, para comporem os Conselhos, não se desligam da Força a que são vinculados. Por outro lado, os Ministros do STM, ainda que oriundos das Forças Armadas e legalmente dotados do *status* de militares, não são subordinados a qualquer órgão do Executivo, nem a nenhum outro, não se submetendo à hierarquia e à disciplina, mas apenas às suas consciências, à Constituição Federal e às leis do País, conforme juramento prestado quando de suas posses.

Frise-se que os Ministros do STM oriundos das Forças Armadas são magistrados, sendo-lhes asseguradas, portanto, todas as garantias e impedimentos constitucionais previstos para todos os demais membros do Poder Judiciário (arts. 93 e art. 95).

Feitas essas considerações, passemos a analisar a história dos Conselhos de Justiça, bem como a razão de eles integrarem a Justiça Militar de primeira instância até os dias de hoje.

A existência dos Conselhos de Justiça no Brasil perde-se no tempo do processo penal militar pátrio.

Já na primeira Constituição republicana, de 1891, contemplou-se – além do Supremo Tribunal Militar (embrião do atual Superior Tribunal Militar) – Conselhos de Justiça para o julgamento de delitos militares. Assim, introduziu-se a ideia de julgamento de crimes militares, em primeiro grau, por colegiados[5].

---

[5] CASSEB, Paulo Adib. *A competência constitucional da Justiça Militar e a criação dos Tribunais Militares no Brasil*. *In*: RAMOS, Dircêo Torrencillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 92-93.

Cumpre observar que, de acordo com o Regulamento Processual Criminal Militar, de 16 de julho de 1895, a estrutura da Justiça Militar em primeira instância compreendia três tipos de órgãos judiciários: o *Conselho de Disciplina*, o *Conselho de Investigação* e o *Conselho de Guerra*. Aos dois primeiros, que eram compostos por oficiais, competia, respectivamente, julgar desertores e outros réus em delitos menores e apurar os fatos e oferecer a denúncia. Já o processamento e o julgamento dos militares eram da competência do *Conselho de Guerra*, constituído de um Presidente, cinco oficiais superiores (quando o réu não fosse oficial-general) e um Auditor.

Por sua vez, o Código de Justiça Militar, instituído pelo Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, estabeleceu a composição dos Conselhos de Justiça, dividindo-os em três espécies. De um lado, havia o *Conselho Especial de Justiça*, que, destinado a julgar oficiais, era composto por um Auditor e por quatro juízes militares de patente superior à do acusado, sob a presidência de oficial superior ou general. De outro, existia o *Conselho Permanente de Justiça*, competente para o julgamento de acusados que não fossem oficiais, composto de um Auditor, de um oficial superior, como Presidente, e de três oficiais até a patente de capitão ou capitão tenente. Por fim, havia, ainda, os *Conselhos de Justiça nos corpos, formações ou estabelecimentos do Exército*, destinados ao julgamento de desertores ou de insubmissos e constituídos por um capitão, como Presidente, e por dois oficiais, de preferência de patente inferior à do Presidente.

Essa estrutura da Justiça Castrense de primeiro grau não se alterou com a edição do Decreto-Lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969, que instituiu a Lei de Organização Judiciária Militar. Somente após a edição da Lei nº 8.236, de 1991, foram extintos os denominados *Conselhos de Justiça nos corpos, formações ou estabelecimentos do Exército*.

Atualmente, a organização da Justiça Militar da União de primeira instância está detalhada pela Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. São 12 Circunscrições Judiciárias Militares, funcionando, em cada uma delas, pelo menos uma Auditoria. Dentro das Auditorias funcionam os Conselhos de Justiça, que podem ser de dois tipos:

a) *Conselho Permanente de Justiça*: competente para processar e julgar os acusados que não sejam oficiais, sendo constituído pelo Juiz-Auditor (civil, concursado e vitalício), por um oficial superior, que será o Presidente, e três juízes militares de posto até capitão tenente ou capitão. Os juízes militares são designados, mediante sorteio, dentre os oficias do

serviço ativo sediados na área de jurisdição de cada uma das Circunscrições Judiciárias Militares. Eles servem ao órgão pelo período de três meses, vedada, em regra, a recondução para o trimestre seguinte.

b) *Conselho Especial de Justiça*: competente para processar e julgar os oficiais graduados (exceto os oficiais-generais), sendo composto pelo Juiz-Auditor (civil, concursado e vitalício) e por quatro juízes militares – designados mediante sorteio – cujo posto seja superior ao do acusado, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior. Esse órgão é instituído para cada processo, funcionando apenas durante o período de tempo necessário à conclusão dos seus trabalhos.

Diante de todo o retrospecto feito, aliado à supramencionada análise quanto à evolução do conceito de crime militar, observa-se que o surgimento dos Conselhos de Justiça no âmbito da jurisdição penal militar brasileira remonta à época em que a Justiça Militar era essencialmente estruturada para o julgamento de militares.

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA

Não obstante a definição de crime militar tenha deixado de ser *ratione personae* (principalmente após a Constituição de 1934 ter estendido a jurisdição militar aos civis), a organização da Justiça Militar não se adequou a essa nova realidade.

Tanto é assim que a justificativa para a existência, em primeira instância, de um órgão híbrido formado pela reunião de um juiz togado e de quatro oficiais da ativa, sob a presidência do mais antigo desses últimos, é a de que os militares são agentes especiais do Estado, cujas peculiaridades da carreira militar e das atividades profissionais por eles desempenhadas são mais bem compreendidas quando analisadas pelo próprio militar no exercício da função judicante.

É essa a argumentação predominante na doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, observe-se o que afirma RICARDO VERGUEIRO FIGUEIREDO[6] ao discorrer sobre a importância do escabinato na Justiça Militar brasileira[7]:

---

[6] FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *O escabinato na Justiça Militar e o julgamento na primeira instância*. *In*: RAMOS, Dircêo Torrencillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (coord.). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 854.

[7] O julgamento de militares como principal justificativa para a existência dos Conselhos de Justiça, bem como para sua composição essencialmente militar, também é argumento encontrado nas seguintes citações doutrinárias: "*O exame*

*"(...) as inúmeras **particularidades que envolvem a vida militar**, estruturada na hierarquia e disciplina, **cujos integrantes estão sujeitos ao rigoroso cumprimento de suas obrigações e ordens**, estão a justificar a existência de uma justiça especializada arquitetada na forma de escabinato. Tais julgadores, juízes militares e juízes togados, por estarem **mais acostumados às peculiaridades da caserna**, poderão com maior sensibilidade e facilidade aferir os valores que são colocados volta e meia em discussão no âmbito da sociedade militar (que é bem diferente da vida civil), entregando a tutela jurisdicional de forma verdadeiramente límpida e equânime."* [Grifos nossos].

---

*das **peculiaridades da caserna** e dos **misteres enfrentados pelos militares** encontram mais facilidade de compreensão quando realizados pelo próprio militar que, uma vez guindado ao exercício da judicatura militar, deverá – aplicando a lei penal militar, sob os cânones processuais penais militares – decidir no caso concreto, situação essa que, de modo contrário, pode trazer ao juiz togado certa dificuldade de apreciação fática, levando-o a aplicar a lei sem a mesma acuidade própria dos militares."* (ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003; p. 93). (Grifos nossos). *"Nos crimes militares definidos em lei, **os integrantes das corporações militares são julgados por seus pares**, escolhidos dentre os de grau hierárquico igual ou superior ao acusado. Destina-se a preservar a independência e a imparcialidade do Juiz Militar, além de evitar repercussões danosas à hierarquia militar, se o subordinado julgasse seu superior hierárquico, do qual recebe ordem."* (LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar: justiça militar federal / justiça militar estadual*. São Paulo: Método, 2009, p. 151-152). (Grifo nosso). *"O Bom Magistrado Militar não é aquele que necessariamente conhece bem o ordenamento jurídico pátrio, mas aquele que, além de conhecer bem o direito militar, **conhece o funcionamento e o cotidiano dos quartéis**, pois o Juiz mesmo imparcial não se pode quedar distante dos anseios e valores sociais, sob pena de julgar mal e não traduzir o sublime ideal da Justiça."* (CARVALHO JÚNIOR, Astor Nina de. *A segunda etapa da reforma do judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar*. *In*: Revista de Direito Militar, v.10, nº 61, set./out., 2006, p.18.) (Grifo nosso). *"(...) a **infracção do dever militar** por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares mesmo; elles, mais que os estranhos no serviço das forças armadas, sabem compreender a gravidade da violação e as circunstâncias que podem modificá-la."* (BARBALHO, João. *Apud* ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Artigos 122 ao 124: dos tribunais e juízes militares. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1524). (Grifo nosso).

Outra não é a explicação dada pelo STM para a existência, em primeira instância, de órgãos julgadores colegiados compostos, em sua maioria, por juízes militares leigos, *in verbis*:

> *"(...) Ao dispor sobre o Escabinato, o legislador implementou o julgamento colegiado em primeiro grau, o que garante maior proximidade dos julgadores com a situação* sub-judice*, uma vez que os juízes militares conhecem as* ***especificidades da caserna****, zelando, assim, pela legitimidade e o cumprimento dos princípios militares, notadamente a* ***hierarquia e a disciplina****. (...)"* [Corpo do Acórdão da Apelação nº 150-95.2013.7.01. 0101/RJ, Rel. Min. Alte Esq MARCOS MARTINS TORRES. Julgado em 11/3/2014. Publicado no DJe de 9/5/2014]. [Grifos nossos].

Não há como deixar de referendar esses argumentos quanto à importância da existência dos Conselhos de Justiça e, consequentemente, dos juízes militares. De fato, o saber jurídico do Juiz-Auditor, aliado ao conhecimento das peculiaridades das atividades da caserna dos juízes militares, implica melhores resultados na apreciação dos casos concretos, tornando a aplicação do Direito Penal Militar mais justa e adequada à realidade.

No entanto, cumpre observar que esses fundamentos se sustentam apenas quando se está a falar dos Conselhos de Justiça processando e julgando militares. Afinal, **o que justifica a existência de órgão julgador composto, em sua maioria, por juízes militares leigos é tão somente a peculiar condição de militar do acusado, ou seja, as inúmeras particularidades que envolvem a vida na caserna**. Somente nesses casos se faz imprescindível a presença de juízes militares, que, por estarem mais acostumados a tais peculiaridades, terão melhores condições de examinar e julgar a conduta de seus pares.

Já quando confrontadas com crimes cometidos por civis, aquelas razões não se sustentam. De fato, toda razão assiste ao Ministro CELSO DE MELLO, quando enfatiza, em seus votos relacionados à Justiça Militar, que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina. Ainda que estes jurisdicionados cometam crimes que afetem diretamente bens ou interesses das instituições militares, não há como se falar que eles estejam imersos nas peculiaridades da caserna ou nos deveres militares, não lhes alcançando os princípios que regem a vida nos quartéis. Como visto, o fato

de a jurisdição penal militar federal alcançar os civis decorre meramente de uma atuação do legislador infraconstitucional – autorizada pela Lei Maior – no sentido de melhor proteger bens jurídicos caros à destinação constitucional das Forças Armadas.

Dessa forma, na hipótese de crime militar praticado por civil, não se vislumbra a necessidade de conhecimento da vida militar para a exata elucidação dos fatos. Isso conduz à conclusão de que os Conselhos de Justiça surgiram e se perpetuaram na legislação infraconstitucional, inclusive na LOJM (Lei nº 8.457/92), com o único intuito de propiciar a correta aplicação da justiça ao militar, mas não ao civil.

Sendo assim, **não há como se sustentar a ideia de que os referidos órgãos colegiados de primeira instância possam ser considerados o juízo natural dos civis acusados de delitos militares**.

Como se sabe, o Princípio do Juiz Natural, como direito humano – assegurado, portanto, a todo e qualquer indivíduo –, é expressão do Princípio da Isonomia e também um pressuposto de imparcialidade. Nesse sentido, possui duas facetas.

A primeira delas – prevista no inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal – constitui na garantia de que ninguém será julgado por tribunal de exceção, devendo a competência do órgão julgador ser previamente estabelecida. Mas não é isso o que se questiona no presente momento, até porque não há dúvidas quanto ao fato de que as competências dos Conselhos de Justiça foram prévia e abstratamente previstas pela Lei nº 8.457/92 (LOJM).

O problema, *in casu*, reside na segunda faceta desse princípio, qual seja: a **garantia de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente**, conforme dispõe o inciso LIII do art. 5º da Lei Maior.

Cumpre observar que autoridade competente não é necessariamente aquela que a lei prevê. Na verdade, competente é o órgão judiciário cujo poder derive de fontes constitucionais. Por conseguinte, **para cumprir a garantia do Juiz Natural, as regras estabelecidas infraconstitucionalmente devem permanecer adstritas às diretrizes da Carta Magna**. Não pode o legislador ordinário, a pretexto de tornar esse princípio operacional, desviar-se dos postulados da Isonomia, da Razoabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana.

Daí a advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES no sentido de que, ao rol de postulados básicos, deve-se acrescer:

> *"aquele do Juiz natural, contido no item nº LIII do art. 5º, que declara que 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente'. É que* ***autoridade competente só será aquela que a Constituição tiver previsto, explícita ou implicitamente, pois, se assim não fosse, a lei poderia burlar as garantias derivadas do princípio do Juiz independente e imparcial, criando outros órgãos para o processo e julgamento de determinadas infrações****."*[8] [Grifo nosso].

Nesse sentido, é importante ressaltar que a ideia de Juiz Natural e de Devido Processo Legal que hoje permeia as Constituições modernas – inclusive nossa Constituição Cidadã – tem seu primeiro esboço histórico na Magna Carta Inglesa de 1215 que, em sua Cláusula 39, dispõe que "*nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (...)* ***senão mediante um juízo legal de seus pares*** *ou segundo a lei da terra*". Trata-se do preceito do *law of the land*, que, radicado na origem e na estrutura do conceito de Constituição na modernidade, traduz "*a ideia segundo a qual* ***os jurisdicionados devem ter assegurada a garantia de que seus julgadores compartilhem de um mesmo espectro de vivências, ações e sentidos historicamente partilhados, ou seja, de um mesmo 'mundo de vida'****"*[9] (grifo nosso).

Assim, tal qual se infere da Constituição Federal, o Princípio do Juiz Natural tem por finalidade eleger, dentre os órgãos judiciários, aquele que melhor possa aquilatar a prestação jurisdicional.[10] E, nesse intento, necessário se faz que as lides sejam apreciadas e julgadas por órgãos que realmente estejam inseridos na realidade de seu jurisdicionado. Afinal, "*a falta de compreensão mais precisa da extensão de sentidos partilhados,*

---

[8] *Apud Habeas Corpus* n º 81.963/RS, 2ª Turma do STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 18/6/2002. Publicado no DJ de 28/10/2004.

[9] RIBEIRO, Fernando José Armando. *Justiça Militar, escabinato e o acesso à justiça justa*. *In*: Revista do Ministério Público Militar, v. 38, n. 23, nov., 2013, p. 190.

[10] OLIVEIRA, Lendel Fernandes. *A inconveniência do julgamento dos crimes militares impróprios pelo escabinato na justiça militar*. *In*: Revista do Ministério Público Militar, v. 36, n. 21, abr., 2010, p. 214.

constitutiva das vivências às quais aquela normatividade se destina, levaria a que as decisões pudessem resultar em profundas injustiças"[11].

Diante dessas considerações, dúvidas não há de que a Lei de Organização da Justiça Militar da União realmente atendeu aos preceitos constitucionais ao prever a existência e a competência dos colegiados heterogêneos de primeira instância **para o processamento e julgamento de militares** que tenham cometido delitos previstos no CPM. Uma vez que os Conselhos de Justiça são compostos, em sua maioria, por juízes militares, garante-se aos acusados militares que sua lide seja apreciada **por seus pares**.

Dessa forma, ainda que os juízes militares sejam leigos e despidos das garantias asseguradas aos magistrados togados, há de se observar que eles estão inseridos na rígida estrutura de subordinação existente na caserna, o que lhes confere melhores condições de ponderar as razões que levaram o militar à prática delitiva, salvaguardando as pedras angulares de quem se submete ao regime militar, e, portanto, à hierarquia e à disciplina.

É por esse motivo que não se nega a importância dos julgamentos, pelos Conselhos de Justiça, dos crimes militares cometidos por militares. Trata-se de competência que se mostra em perfeita consonância com o postulado do Juiz Natural. Afinal, em um só órgão, alinhou-se a técnica jurídica à experiência daqueles que estão inseridos na realidade dos jurisdicionados. Nesse sentido, observe-se o que afirma FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO[12]:

> *"O acesso à justiça justa para os militares só se torna possível graças a esta construção notável, portadora de algumas das melhores e mais vanguardistas concepções acerca do juiz natural. Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhe tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que, na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico, integrantes dos Tribunais de segunda instância e, em primeiro grau, juízes de direito concursados e integrantes da carrei-*

[11] RIBEIRO, Fernando José Armando. *Op. cit.*, p. 190.
[12] Idem, p. 192.

> *ra da magistratura, aos quais hoje se concede, na Justiça Militar estadual, a presidência do colegiado (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça) e a atribuição de redigir a sentença produzida pelo órgão colegiado.".*

Por outro lado, não se coaduna com a Constituição a ideia de que **civis** sejam julgados por militares leigos. Como visto, os civis, diversamente dos julgadores militares, **não estão imersos na disciplina e na hierarquia** inerentes às organizações militares, mas, sim, no regime de liberdade próprio da sociedade civil. Assim, **constitui flagrante afronta aos preceitos constitucionais – em especial aos Princípios da Isonomia e do Juiz Natural – o fato de, nos crimes de competência da Justiça Militar da União, os civis serem julgados por quem está inserido em uma realidade completamente diferente da sua, em contrariedade ao que ocorre com os integrantes da carreira militar**.

Essa situação mostra-se ainda mais grave quando se observa que o papel exercido pelos juízes militares, no âmbito dos Conselhos de Justiça, não é de menor importância. De fato, dentre suas atribuições, destacam-se as seguintes[13]:

a) embora leigos em matéria jurídica, não podem contentar-se em proferir voto de mera aquiescência em relação ao voto do Juiz-Auditor, devendo, ao julgar de acordo com a lei e com a prova dos autos, motivarem seus posicionamentos;

b) participam da instrução processual e são autorizados a formular perguntas ao acusado, ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz togado;

c) após o recebimento da denúncia, participam da decisão quanto às medidas cautelares, podendo a conjugação de seus votos determinar a prisão do acusado, ainda que com o voto vencido do Juiz-Auditor;

d) mesmo que o magistrado togado decida em sentido contrário, podem, por maioria, condenar ou absolver o acusado e até mesmo impor pena mais grave que a aplicada pelo Juiz-Auditor, fixando sua própria dosimetria da pena.

---

[13] VERAS, Frederico. *Julgamento monocrático de civis na JMU*. Disponível em http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/compmono-fred.pdf.

Portanto, não há como se ignorar a presença dos juízes militares nos Conselhos, o que acaba por tonar **incontornável a ausência de compatibilidade entre a experiência que se espera que esse julgadores tragam para o colegiado e a realidade na qual estão inseridos os civis**.

Não bastasse isso, observa-se que aos juízes militares não assistem as mesmas garantias e impedimentos próprios dos magistrados togados[14]. Com efeito, eles não são oriundos dos quadros da magistratura de carreira. São sorteados – dentre os oficiais da ativa que constem na lista trimestralmente elaborada pelos Comandos de cada Força – para exercerem, temporariamente, a função de julgadores.

Portanto, uma vez que os juízes militares integram o Poder Executivo, as prerrogativas da função judicante por eles desempenhada somente lhes são conferidas no momento em que estão inseridos no Conselho. Encerradas as atividades do referido órgão colegiado, o julgador leigo volta a seus serviços regulares como militar, inclusive no que concerne à sua submissão às regras de hierarquia e disciplina. É o que afirma JORGE CESAR DE ASSIS[15], *in verbis*:

> *"Os juízes militares investem-se na função após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentados, nos termos dos artigos 19 a 23 da Lei 8457/92. São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. De se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes militares* ***estando reunido o conselho****, que é efetivamente o órgão jurisdicional. Iso-*

[14] Cumpre ressaltar que essa carência de garantias não configura argumento apto a retirar do Conselho de Justiça a competência para julgar militares. Como visto, tal competência se deve ao fato de que os juízes militares, como oficiais da ativa, são conhecedores das peculiaridades da vida na caserna, o que acaba por dotá-los de melhores condições para entender os fatos que são postos a sua apreciação. Portanto, o colegiado do qual eles participam (Conselho de Justiça) trata-se de tribunal popular, que, tal qual o Júri, garante que seus jurisdicionados sejam julgados por seus pares, assegurando, assim, o respeito ao postulado do Juiz Natural. Na verdade, a crítica que ora se faz quanto à carência de garantias dos juízes militares se deve apenas ao fato de que, em relação ao julgamento de civis pelos Conselhos, essa peculiaridade de tais julgadores implica violação à isonomia em relação aos civis sujeitos à jurisdição penal não militar.

[15] ASSIS, Jorge Cesar. *Os Conselhos da Justiça Militar*. *In*: Revista direito militar, v. 4, n. 20, nov/dez, 1999, p. 29.

> *ladamente, fora das reuniões do Conselho de Justiça, os oficiais que atuam naquela Auditoria não serão mais juízes, submetendo-se aos regulamentos e normas militares que a vida de caserna lhes impõe."* [Grifo no original].

De modo diverso, os magistrados togados são civis e bacharéis em Direito. O ingresso na carreira da magistratura dá-se mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases (art. 93, inciso I, da Constituição Federal). Ademais, consoante reza o art. 95 da Lei Maior, são-lhes asseguradas as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios, tendo, em contrapartida, as vedações do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Observa-se, assim, que, ao se submeter civis ao julgamento por órgãos colegiados compostos, em sua maioria, por juízes militares leigos e desprovidos das prerrogativas constitucionais, não se está apenas determinando que seu destino seja decidido por quem está afeto à realidade completamente apartada da sua, mas também promovendo odiosa disparidade em relação aos civis submetidos aos demais ramos do Poder Judiciário.

Ora, **se, no âmbito da jurisdição penal não militar, os civis têm o direito de serem julgados por órgãos dotados de todas as garantias constitucionais, não pode ser diferente em relação àqueles acusados da prática de crimes militares**. Com efeito, devemos lembrar que a Justiça Militar julga crimes militares definidos em lei; assim, o fato de cometer delito que, em razão do bem jurídico afetado, seja da competência da Justiça Especializada Militar não retira do civil sua condição. Ou seja, ao ser submetido à jurisdição penal militar, o civil continua a ser civil e assim deve ser tratado: em condições de igualdade em relação a todos os demais cidadãos não militares.

Entender o contrário implica grave violação aos Princípios da Isonomia, da Razoabilidade, da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, ao postulado do Juiz Natural, assegurado não só pela Constituição Federal, mas também por instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, item I).

Isso **não** significa, no entanto, que os civis devam ser excluídos da jurisdição penal militar federal.

Como visto, a Justiça Militar da União tem sua razão de ser atrelada à existência das Forças Armadas. Assim, imperiosa se faz sua atuação quando se constata a prática de crimes que afetem bens e interesses caros à destinação constitucional dessas instituições militares, independentemente da condição do sujeito ativo do delito.

Trata-se da moderna necessidade de especialização do conhecimento no âmbito do Judiciário, em razão das limitações humanas de conhecer todo um ordenamento jurídico com detalhes. A experiência da administração judiciária tem evidenciado que essa especialização dos órgãos judiciais é fator que eleva a qualidade da prestação jurisdicional, pois provoca a formação de juízes com conhecimentos mais profundos sobre determinado setor da disciplina jurídica e com mais habilidades para reconhecer as peculiaridades postas à apreciação judicial.

Nesse sentido, não se pode negar que a Justiça Especializada Militar é mais capacitada para avaliar e conviver com as peculiaridades do crime militar. Afinal, ainda quando se está a julgar civis, o Direito Penal a ser aplicado ao caso é o Militar, cujas especificidades são mais bem conhecidas por quem milita nessa seara do Direito.

Dentre essas peculiaridades que justificam a especialização está o fato de que as Forças Armadas são garantidoras da ordem constitucional democrática. Assim, diante do cometimento de um delito que – ainda que praticado por civil – afete bens e interesses dessas instituições, o reestabelecimento da ordem que fora abalada precisa ocorrer de forma célere e eficiente, sob pena de reflexos altamente negativos para a própria existência das Forças Armadas de nosso país, que tanto têm contribuído, na esfera de suas atribuições constitucionais, nesse novo momento de plenitude democrática, para a reafirmação de postura externa independente e para a manutenção da ordem e de nossas instituições democráticas.

No entanto, essa celeridade e eficiência não seriam possíveis caso tal julgamento coubesse à Justiça ordinária, que se ocupa da esmagadora maioria dos feitos criminais.

Com esse escopo, a Justiça Militar da União se estruturou de tal maneira que, hoje, a eficiência é reconhecidamente um princípio que, ao lado do resguardo da hierarquia e da disciplina, assegura as bases dessa Justiça Especializada, justificando sua existência como garantidora das instituições militares. Trata-se de característica que explica a necessidade

de a Justiça Militar ser competente para o processamento e o julgamento não só de militares, mas também de civis que pratiquem delitos contra bens jurídicos caros às Forças Armadas. Afinal, essa Justiça é especial em razão dos bens jurídicos que tutela, e não em razão de seus jurisdicionados.

Portanto, **há de se reconhecer – e até mesmo reforçar – a competência da Justiça Castrense da União para julgar civis acusados de delitos militares. O que se critica é apenas o fato de, no âmbito da JMU, eles serem julgados por órgãos colegiados compostos, em sua maioria, por juízes militares**. De fato, como anteriormente analisado, estes magistrados, definitivamente, não constituem o Juízo Natural constitucionalmente estabelecido para o jurisdicionado civil.

Ressalte-se que essa crítica não encontra qualquer obstáculo constitucional, uma vez que não há nenhum dispositivo da Carta Magna que sugira ou embase a existência de colegiados mistos no âmbito da Justiça Militar da União de primeiro grau. Na verdade, o legislador constituinte limitou-se a afirmar que os Tribunais e Juízes Militares são órgãos do Poder Judiciário (art. 92, inciso VI) e da Justiça Militar (art. 122, inciso II), remetendo à seara infraconstitucional a fixação de regras quanto à organização, ao funcionamento e à competência dessa Justiça especializada (art. 124, parágrafo único).

Assim, depreende-se da Constituição Federal que a Justiça Militar não tem na instituição do escabinato sua razão de ser, tanto mais quando se observa a alteração operada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 em relação à competência das Justiças Castrenses Estaduais de primeira instância (art. 125).

De acordo com o texto anterior, essas Justiças especializadas de primeiro grau eram constituídas apenas pelos Conselhos de Justiça, sendo destes a competência para processar e julgar os integrantes das Forças auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), ou seja, os militares estaduais que viessem a praticar crime militar[16].

---

[16] Ressalte-se que a Constituição Federal não atribuiu à Justiça Militar competência para processar e julgar civil que cometa delito militar contra bens jurídicos afetos às Polícias Militares ou aos Corpos de Bombeiros Militares.

Após a reforma operada pela EC nº 45/04, o art. 125 da Lei Maior assumiu a seguinte redação, no que aqui nos interessa:

> *"Art. 125. (...)*
>
> *§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual,* ***constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça*** *e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.*
>
> *§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.*
>
> *§ 5º* ***Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis*** *e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça,* ***sob a presidência de juiz de direito****, processar e julgar os demais crimes militares.*
>
> *(...)."* [Grifos nossos].

Observa-se, dessa forma, que, no âmbito estadual, dentre outras alterações, o constituinte derivado tornou patente a distinção da competência interna entre os dois órgãos judiciais de primeira instância: o juiz de direito e o Conselho de Justiça. Ademais, transferiu a presidência dos Conselhos ao juiz togado, atribuindo-lhe, assim, papel preponderante dentre os cinco juízes daquele colegiado. Por fim, a principal alteração consistiu no rompimento da primazia de o órgão colegiado castrense conhecer dos crimes militares, estabelecendo-se uma nova categoria de delitos: a dos crimes militares contra civil, agora de competência singular do juiz de direito.

Enterrou-se de vez, portanto, a ideia de que o juízo colegiado misto é a pedra de toque da Justiça Castrense. Por outro lado, reforçou-se o entendimento de que a especialidade dessa jurisdição se dá, na verdade, em razão dos bens jurídicos que tutela.

Além disso, essas alterações, ainda que operadas no âmbito da Justiça Militar Estadual, foram importantes no sentido de apontar para a

necessidade de mudanças quanto à organização e à competência da JMU de primeira instância, principalmente no que toca ao fortalecimento da atuação do juiz togado. Com efeito, se, ao tratar dos crimes militares cometidos contra civis, o legislador constituinte admitiu existirem casos em que cumpre ao juiz de direito da vara militar processar e julgar, singularmente, militares da ativa estaduais (vinculados à hierarquia e à disciplina), com maior razão, no âmbito federal, deve ser afastada a competência dos Conselhos de Justiça para o processamento e julgamento de civis acusados da prática de delitos militares.

Ora, se o processo no qual o civil é vítima não pode ter seu destino decidido pelos próprios militares, por muito menos o julgador não deve ser um militar quando o réu é civil. Trata-se de necessária aplicação do Princípio da Razoabilidade.

Portanto**, tendo em vista a necessidade de observância do postulado do Juiz Natural, atrelada à orientação indiretamente dada pelo constituinte derivado, a solução mais razoável – e adequada ao espírito constitucional – para a JMU seria retirar do Conselho de Justiça a competência para processar e julgar civis e atribuí-la ao outro órgão julgador de primeira instância previsto pela LOJM (art. 1º): o Juiz-Auditor**.

Este civil, diferentemente dos juízes militares temporários, é investido na magistratura após aprovação em concurso público na forma da Constituição Federal, sendo-lhe dirigidas todas as garantias e prerrogativas constitucionais e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Além disso, como magistrado togado especializado nas lides penais militares, é conhecedor do sistema jurídico especial a ser aplicado no caso concreto, com todos seus princípios, normas, orientações jurisprudenciais e doutrina, estando, inclusive, – em razão da função de juiz-técnico que exerce nos Conselhos de Justiça – afeto à realidade que permeia os bens jurídicos tutelados pela jurisdição penal castrense.

Dessa forma, a atribuição de competência para que o Juiz-Auditor conduza toda a instrução probatória e o julgamento de civis monocraticamente nada mais significa do que permitir que os referidos jurisdicionados sejam julgados pela autoridade constitucionalmente competente. Essa providência, além de permitir o completo atendimento aos Princípios da Isonomia, da Razoabilidade e do Juiz Natural, prestigia a

especialização da Justiça Militar da União e seu importante papel na proteção de bens jurídicos importantes para a existência das Forças Armadas.

Nesse ponto, cumpre novamente ressaltar que tal solução não implica a necessidade de se alterar a organização do Superior Tribunal Militar de modo a adequá-lo ao julgamento de civis. Com efeito, diferentemente do que ocorre nos Conselhos de Justiça, todos os Ministros da referida Corte são investidos na magistratura nos termos da Constituição (art. 123), bem como auferem todas as garantias e impedimentos próprios dos magistrados togados (arts. 93 e art. 95). Ou seja, ainda que oriundos da carreira militar, os Ministros do STM, ao tomarem posse, passam a integrar o Poder Judiciário (e não mais o Executivo). São magistrados com deveres, prerrogativas e direitos, sendo, inclusive, regidos pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979), nos seguintes termos:

> *"Art. 6º - O Superior Tribunal Militar, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo três dentre Oficiais-Generais da Marinha, quatro dentre Oficiais-Generais do Exército e três dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa, e cinco dentre civis, maiores de trinta e cinco anos, dos quais três cidadãos de notório saber jurídico e idoneidade moral, com mais de dez anos de pratica forense, e dois Juízes Auditores ou membros do Ministério Público da Justiça Militar, de comprovado saber jurídico."*.

Dessa forma, no que toca ao julgamento de civis, não se aplicam aos denominados "Ministros militares" as mesmas críticas que se fazem em relação aos juízes militares dos colegiados de primeiro grau. Por conseguinte, não existe qualquer fundamento constitucional para se retirar de alguns Ministros do STM a competência para a apreciação de feitos nos quais o réu seja civil.

Na verdade, o que o postulado do Juiz Natural reclama é a alteração da distribuição de competências entre os órgãos da JMU de primeira instância, pelos motivos anteriormente expostos. **O acerto de tal conclusão já foi, inclusive, referendado pelo Superior Tribunal Militar, ao aprovar o encaminhamento à Câmara dos Deputados de minuta de**

Projeto de Lei que visa a alterar a Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/1992).

Como é cediço, as alterações então propostas foram resultado do trabalho desenvolvido pela Comissão de Direito Militar do STM. Após a realização de profícuos estudos e a apresentação de ideias pela comunidade jurídica interessada, as propostas de modificação da LOJM foram exaustivamente debatidas durante o X Encontro de Magistrados da JMU, realizado na cidade de Salvador/BA, no período de 19 a 23 de maio de 2014.

Nessa oportunidade, dentre outros assuntos, os ministros e magistrados da JMU se debruçaram sobre a tão questionada competência da Justiça Militar da União para julgar civis. A então Vice-Presidente do STM Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA afirmou que o fato de esses jurisdicionados serem julgados em primeira instância por órgãos colegiados compostos, em sua maioria, por militares leigos é o que provoca a grande polêmica quanto ao assunto. Assim, referindo-se ao voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 112.848/RJ, a Ministra afirmou que a tendência é que civis acusados da prática de delitos militares sejam processados e julgados monocraticamente pelo Juiz-Auditor, sendo, nesse intento, **prescindível a mudança da Lei**[17].

Ao final das discussões, o Plenário do STM, em 4 de junho de 2014, dentre outras modificações, consentiu no sentido de incluir na referida minuta do Projeto de Lei[18] a proposta de acréscimo do inciso I-B ao art. 30 da LOJM, com a seguinte redação:

> *"Art. 30. Compete ao Juiz-Auditor:*
> *(...)*
> *I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do artigo 9º do Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) e, também, os militares quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo;".*

[17] Disponível em: http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/2024-competencia-da-justica-militar-para-julgar-civis-e-constitucional-diz-ministra-em-encontro.

[18] Projeto de Lei nº 7.683/2014.

Na Justificativa anexa à proposta de alterações legislativas, a questão foi assim acertadamente sintetizada:

> *"Sem perder de vista as especificidades que justificam e fundamentam a existência deste ramo especializado do Poder Judiciário, as alterações propostas abrem, assim, o caminho para o aprimoramento da Justiça Militar da União.*
>
> *Nesse contexto, destaca-se a necessidade do deslocamento da competência do julgamento dos civis, até então submetidos ao escabinato dos Conselhos de Justiça, para o Juiz-Auditor:* ***se por um lado é certo que a Justiça Militar da União não julga somente os crimes dos militares, mas sim os crimes militares definidos em lei, praticados por civis ou militares; de outro, é certo também que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna e, consequentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares****. Assim, passará a julgar os civis que cometerem crime militar."* [Grifo nosso].

Portanto, os Ministros do STM assentiram que a melhor solução para aquilatar a prestação jurisdicional em relação aos civis no âmbito da JMU seria preconizar a competência do Juiz-Auditor[19] para decidir, monocraticamente, os feitos envolvendo a prática de crimes militares pelos referidos jurisdicionados. A ideia é restringir a competência funcional dos colegiados da Justiça Especializada federal de primeira instância apenas ao julgamento de militares.

Não obstante esse posicionamento, observa-se existir no âmbito do Superior Tribunal Militar forte resistência à ideia de, desde logo, dar concretude às conclusões que deram origem ao supramencionado Projeto de Lei.

Quanto a isso, cumpre ressaltar que a proposta foi entregue à Câmara dos Deputados em 5 de junho de 2014, estando ainda em sua tramitação inicial. Muito provavelmente, o Supremo Tribunal Federal se pronunciará sobre o assunto antes que se encerre o referido processo legislativo, o que – tendo em vista a tendência do STF em gradativamente

---

[19] De acordo com o Projeto de Lei nº 7.683/14, o Juiz-Auditor passará a denominar-se *Juiz Federal da Justiça Militar*. Além disso, assumirá a presidência dos Conselhos de Justiça.

corroer a competência da JMU – poderá tornar sem qualquer valia o pretendido acréscimo do inciso I-B ao art. 30 da Lei nº 8.457/92.

Assim, **não é prudente que se aguarde a aprovação do Projeto de Lei nº 7.683/14**. O simples fato de a questão poder ser decidida pela Corte Suprema nos autos da ADPF nº 289 e do HC nº 112.848/RJ já demonstra a possibilidade de sua equalização por meio da atividade jurisdicional.

Nesse sentido, há de se observar que a legislação vigente não pode ser tomada, pelos magistrados, como justificativa para se manter, com os Conselhos Permanentes de Justiça, a competência para o julgamento de civis.

Na verdade, em sua atuação, o magistrado – bem como qualquer operador do direito – deve ter em mente o **Princípio da Supremacia da Constituição**, segundo o qual a Constituição Federal conforma todo o ordenamento jurídico. Por conseguinte, **as leis infraconstitucionais somente serão válidas se estiverem em consonância com as regras e princípios da Lei Maior**.

Quanto a isso, GILMAR MENDES e PAULO GONET BRANCO advertem:

> *"Toda a cautela deve estar em não tomar como de necessário acolhimento a interpretação feita pelo legislador, evitando-se o equívoco de tratar o legislador como o intérprete definitivo da Constituição ou como o seu intérprete autêntico."*[20].

Portanto, é dever dos juízes e tribunais negar cumprimento a determinações legais que não possuam substrato jurídico defensável. O Poder Judiciário, como último intérprete da lei, não pode se limitar a aplicar as regras infraconstitucionais em sua literalidade, uma vez que estas não existem por si só. **Exige-se do magistrado uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, visão essa que deve sempre retirar da Constituição sua fonte de validade**.

Nesse intento, cumpre ao STM, em sua atividade judicante, dar concretude ao que já vem fazendo na esfera legislativa e acadêmica e,

---

[20] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

assim, pelos motivos anteriormente expostos, reconhecer que não está em consonância com os postulados constitucionais o fato de, em primeira instância, os civis que cometem delitos militares serem julgados por Conselhos de Justiça compostos majoritariamente por juízes militares leigos.

Ora, **ninguém pode ser subtraído de seu Juiz Natural (que é aquele que emana da vontade da Constituição); nem mesmo a Lei de Organização da Justiça Militar da União pode fazê-lo**, uma vez que ela retira sua validade da Magna Carta – e não o contrário!

Quanto a isso, não se pode ignorar que, ao encaminhar à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei que visa a alterar a LOJM, os membros do STM necessariamente consideraram constitucional a proposta de submissão dos civis ao julgamento monocrático pelo Juiz-Auditor, ou seja, entenderam que este é o Juiz Natural (constitucional) dos civis acusados de delitos militares. Assim, tomar, agora, uma decisão em sentido contrário significa que a Corte está se negando a dar concretude a um princípio constitucional, o que é de todo inaceitável a um órgão do Poder Judiciário!

Portanto, importante se faz, no presente momento, uma atitude proativa do STM no sentido de adequar as regras de organização e competência da JMU aos padrões constitucionalmente exigidos[21] e, assim, manter a importante competência dessa Justiça Especializada para o processamento e julgamento de civis que cometam delitos contra bens jurídicos caros às Forças Armadas.

A LOJM SERIA PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL?

Ultrapassada essa questão, surge um questionamento: para que se possa realizar essa adequação constitucional, por meio da atividade

[21] Cumpre observar que, em outras situações, a despeito de qualquer alteração legislativa, esta Corte já afastou a aplicação de diversos dispositivos do CPM e do CPPM em nome dos postulados constitucionais. Dentre os dispositivos assim afastados, podemos citar como exemplo: o art. 80 do CPM (que dispõe sobre como deve ser apenado o crime continuado), o art. 406 do CPPM (que afirma que, durante o interrogatório, o acusado ficará de pé), o art. 50 do CPM (no momento em que afirma que o menor de 18 e maior de 16 anos é imputável caso revele suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato); o art. 17 do CPPM (que afirma que o indiciado preso poderá ser mantido incomunicável por três dias) etc.

judicial, seria necessário declarar a inconstitucionalidade de algum dispositivo da LOJM (Lei nº 8.457/92)?

A resposta é "não", uma vez que **a questão pode ser solucionada mediante interpretação conforme a Constituição**.

Esta, como se sabe, trata-se, simultaneamente, de técnica de interpretação e de mecanismo de controle de constitucionalidade, cujo objetivo é, diante de normas infraconstitucionais plurissignificativas suspeitas de inconstitucionalidade, adotar como sentido próprio da norma aquele que melhor realize os mandamentos constitucionais. Assim, dentre as interpretações possíveis, deve-se escolher a que mais tem afinidade com a Constituição. Essa tarefa, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis e afirma outra, preservando-se, portanto, a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional[22].

Em outras palavras: **o intérprete deve ter compromisso com a efetividade da Constituição, de modo que, dentre as interpretações possíveis, deve-se prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional**.

No presente caso, o dispositivo infraconstitucional que dá margem ao discutível entendimento de que, na JMU, a competência para julgar civis em primeira instância seria dos órgãos colegiados mistos é o art. 27 da LOJM, que possui a seguinte redação:

> *"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. 6°, inciso I, alínea b, desta lei."* [Grifos nossos].

Observa-se, dessa forma, que a Lei que se ocupou do estabelecimento de regras quanto à competência, ao funcionamento e à organização da JMU definiu por exclusão os jurisdicionados sujeitos ao julga-

[22] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação constitucional como interpretação específica*. *In*: Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 91-96.

mento pelo Conselho Permanente de Justiça. Assim, submetem-se a esse órgão colegiado aqueles que não sejam oficiais. Cumpre ressaltar que, **em nenhum momento, rigorosamente, a LOJM afirma que os Conselhos devam julgar civis**. Na verdade, a literalidade da Lei permite duas interpretações quanto à competência do CPJ, quais sejam:

a) pode processar e julgar praças e civis; ou

b) somente pode processar e julgar militares que não sejam oficiais, ou seja, as praças.

Ocorre que a Lei infraconstitucional deve ser lida em termos adequados à Constituição Federal. Assim, tendo em vista que, conforme anteriormente analisado, os princípios constitucionais impedem que civil seja processado e julgado pelos referidos colegiados mistos, outra não pode ser a conclusão a não ser adotar a interpretação segundo a qual **a competência do Conselho Permanente de Justiça se limita ao julgamento de praças**.

Por conseguinte, tendo em vista que, de acordo com o art. 1º, inciso IV, da LOJM, o Juiz-Auditor (dotado de todas as garantias da magistratura) também é órgão da Justiça Militar da União de primeira instância, a referida Lei há de ser interpretada no sentido de conferir a esses magistrados togados a competência para, monocraticamente, apreciar os feitos nos quais o sujeito ativo seja civil.

Essa conclusão encontra respaldo, inclusive, no fato de que a LOJM, ao tratar sobre a organização da Justiça Militar em tempo de guerra, afirma o seguinte em seu art. 97, inciso II:

> *"Art. 97. Compete ao Juiz-Auditor:*
> *(...)*
> *II - julgar as praças e os civis."*.

Ora, se em tempo de guerra – no qual a própria Constituição permite a restrição a direitos em nome do reestabelecimento da ordem – o magistrado togado é competente para julgar civis singularmente, por que seria diferente em tempo de paz?

Ademais, há de se observar que, nesse dispositivo, ao pretender incluir o civil na competência monocrática do Juiz-Auditor, o legislador foi expresso. Assim, por coerência, quisesse ele estender a competência do

CPJ ao julgamento de civis em tempo de paz, não o teria feito de maneira implícita no art. 27 da mesma Lei.

Tendo em vista todas essas considerações, observa-se que **existe a possibilidade de o Superior Tribunal Militar, por meio da interpretação, adequar a Lei de Organização da Justiça Militar da União aos preceitos constitucionais, sem que haja redução de texto**. Basta que, dentre as possíveis interpretações da Lei, se adote como correta aquela que mais se amolde à Constituição Federal, qual seja: a de que civis acusados do cometimento de delitos militares no âmbito federal devam ser processados e julgados, em primeira instância, pelo Juiz-Auditor, monocraticamente.

Como bem afirmou o Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA ao expor as razões de seu voto vencido nos autos da Apelação nº 89-90.2012.7.04.0004/MG (julgada em 11 de novembro de 2014):

> *"(...) não se trata, portanto, de interpretação* contra legem*, na medida em que preserva a competência da Justiça Militar para julgar crimes militares, a qual decorre do artigo 124 da CF/88, respeitando-se, contudo, princípios como o da isonomia e o do juiz natural, já que, assim como qualquer civil, os civis que praticarem crime militar serão julgados por um juiz que possui as mesmas prerrogativas da magistratura que os demais membros do Poder Judiciário, não se submetendo a princípios e normas que não lhe são inerentes."*.

Cumpre, dessa forma, ressaltar que a providência que ora se sugere **não implica usurpação de competência do Legislativo**, ou seja, não significa que, ao dar interpretação conforme a Constituição a dispositivos da LOJM, a Corte Militar estará atuando como legislador positivo. Como visto, é competência genuína de todos os magistrados e tribunais interpretar a lei, interpretação essa que deve ser feita, inclusive, e principalmente, com escopo na Constituição Federal, razão pela qual lhes é conferida a possibilidade de exercer, de forma difusa, o controle constitucional das normas infraconstitucionais. De fato, é papel de qualquer órgão do Poder Judiciário zelar pelas normas e princípios constitucionais.

Nesse sentido, ao reconhecer, por meio de sua atividade jurisdicional, que o julgamento de civis por juízes militares está em descompas-

so com a Constituição Federal, o STM estará se mostrando atento à nova ordem constitucional. Isso acaba por fortalecer não só a referida Corte e todos os demais órgãos da Justiça Militar da União, como também toda a legislação infraconstitucional que lhes serve de subsídio, como, por exemplo, o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e, principalmente, a Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Afinal, em um Estado Democrático de Direito, um órgão do Poder Judiciário, em sua atividade judicante, não pode se mostrar passivo quanto à adequação de suas leis aos preceitos constitucionais, sob pena de, fragilizando essa legislação frente ao ordenamento pátrio, demonstrar não possuir legitimidade para manter suas próprias competências.

Como afirma a Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA[23]:

> *"Prestigiar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana e renovar a atuação judicial, neutralizada por diversas mazelas que comprometem sua identidade conceitual e axiológica, constitui-se no decisivo contributo da Magistratura para a edificação da nacionalidade, tão acutilada pelas vicissitudes do processo político brasileiro.*
>
> *A legitimidade da potestade pública, em todas as suas esferas, passa necessariamente pelos foros judiciais. Sobrelevar-lhe a atuação é valorizar a coesão, a congruência e a identidade do sistema constitucional, sem olvidar o que Lassalle chamaria de 'os fatores reais de poder'.*
>
> *Nesse diapasão, a vivência bicentenária da Justiça Militar da União, cuja trajetória institucional amalgama a História do Brasil, projeta a afirmação do Estado como* ethos *e a necessidade do permanente comprometimento do Poder Judiciário com a construção da legitimidade e do democratismo estatal.".*

Portanto, mostra-se patente a necessidade de o Superior Tribunal Militar – como necessário intérprete das leis que subsidiam sua atuação e

---

[23] ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Artigos 122 ao 124: dos tribunais e juízes militares*. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1534-1535.

como garantidor dos preceitos constitucionais – dar interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92), adequando-o ao Princípio do Juiz Natural, de modo que os civis acusados de delitos militares no âmbito federal passem a ser processados e julgados pelo Juiz-Auditor, monocraticamente.

Nesse ponto, cumpre observar que a mudança jurisprudencial ora sugerida conduz a questionamentos quanto à aplicabilidade desse novo entendimento a processos já findos ou a processos que estão sendo apreciados pela JMU de primeira instância. Seriam todos esses julgados nulos? A resposta é negativa.

De fato, em tais situações, a efetividade da Constituição não se verá atendida se o Judiciário deixar de sopesar, ao lado do Princípio do Juiz Natural, outro postulado estruturante da ordem jurídica: a Segurança Jurídica.

Assim, nova interpretação jurisprudencial dada a um determinado tema deve ser erigida como forma de certeza de uma prestação jurisdicional mais adequada. Não pode essa mudança da jurisprudência – principalmente quando se está a falar de competência – implicar sobressaltos aos jurisdicionados.

Nesse contexto, merece destaque o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que adota as razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social para a restrição dos efeitos de decisão em que se declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Trata-se da denominada *modulação dos efeitos das ações de controle de constitucionalidade*.

Apesar de esse dispositivo se referir ao controle de constitucionalidade abstrato, o próprio STF tem dele feito uso, por meio da analogia, para modular os efeitos da decisão que declara inconstitucional uma norma no controle difuso. É isso o que se observa do seguinte julgado:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE,* INCIDENTER TANTUM*, DA*

NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantun*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8.* ***Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos*** **ex tunc*****, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos*** **pro futuro** ***à declaração incidental de inconstituciona-***

> ***lidade**. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido."* (Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno. Julgado em 6/6/2002. Publicado no DJ de 7/5/2004). [Grifo nosso].

Além disso, a Corte Suprema admite a modulação de efeitos até mesmo quando não se está a discutir questões concernentes à constitucionalidade de determinada norma. A mera mudança de jurisprudência, ao colocar em risco a Segurança Jurídica, é fundamento apto a justificar a necessidade da modulação dos efeitos dessa alteração. Esse é o entendimento do STF, *in verbis*:

> *"EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em*

apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, ***em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência*** **ex ratione materiae.** ***O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.*** *6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho."* (Conflito de Competência nº 7.204/MG. Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno. Julgado em 29/6/2005. Publicado no DJ de 9/12/2005). [Grifo nosso].

Ressalte-se que a referida modulação de efeitos pode ser feita, inclusive, pelos Tribunais Superiores. Nesse sentido, cumpre observar o entendimento que já vem sendo adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

"RECURSO DE REVISTA – FERROVIÁRIO - HORAS DE JANELA – CONDIÇÃO ESTABELECIDA EM NORMA COLETIVA – SÚMULA Nº 277 DO TST – SOPESAMENTO – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. ***A evolução do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 277 do TST, quanto à aderência das normas coletivas aos contratos de trabalho,***

> ***deve ser sopesada com o princípio da segurança jurídica, motivo pelo qual a alteração do entendimento deve ter seus efeitos aplicados às situações ocorridas a partir de sua publicação, e não retroativamente às situações já consolidadas sob o entendimento anterior****. Dessa forma, uma vez que a pretensão tem origem em norma estabelecida no regulamento da empresa, Plano de Cargos e Salários, posteriormente suprimida, por meio de acordo coletivo, cuja cláusula foi posteriormente submetida à apreciação em dissídio coletivo, não se há de falar em alteração deste, restando intacto o art. 468 da CLT. Recurso de revista não conhecido."* (TST – Recurso de Revista nº 37500-76.2005.5.15.0004. Rel. Min. VIEIRA DE MELLO FILHO. Julgado em 28/11/2012). [Grifo nosso].

Nada impede, portanto, que o STM dê efeito prospectivo a decisões que impliquem substancial alteração de sua jurisprudência. Na verdade, trata-se de dever daquela Corte, ao caminhar rumo à evolução jurisprudencial, não deixar de lado o postulado da Segurança Jurídica.

Assim, – a fim de evitar que o supramencionado entendimento quanto à competência para julgar civis no âmbito da JMU possa dar azo ao reconhecimento de sucessivas nulidades, em relação, até mesmo, a processos já findos – importante se faz estabelecer, caso a caso, uma limitação temporal a partir da qual o Superior Tribunal Militar possa realizar a pretendida interpretação conforme a Constituição em relação ao art. 27 da LOJM.

CONCLUSÃO

Atualmente, a Justiça Militar da União não encontra sua razão de ser no fato de julgar militares, mas, sim, nos bens jurídicos que tutela. Assim, sua competência mostra-se imprescindível sempre que, de alguma forma, se coloque em risco um bem ou interesse vinculado à destinação constitucional das Forças Armadas, ainda que o sujeito ativo do delito seja civil.

No entanto, isso não justifica que, em primeira instância, civis que cometam, em tese, delitos militares sejam julgados por Conselhos de Justiça, compostos, em sua maioria, por juízes militares leigos. Afinal, a existência desses órgãos colegiados sustenta-se unicamente na peculiar

condição de militar do acusado, ou seja, nas inúmeras particularidades que envolvem a vida na caserna.

Os civis, diversamente dos julgadores militares, não estão imersos na disciplina e na hierarquia inerentes às organizações militares, mas no regime de liberdade próprio da sociedade civil. Dessa forma, constitui flagrante afronta aos preceitos constitucionais – em especial aos Princípios da Isonomia e do Juiz Natural – o fato de, nos crimes de competência da Justiça Militar da União, os civis serem julgados por juízes que estão inseridos em uma realidade completamente diferente da sua, além de serem desprovidos das garantias e prerrogativas constitucionais asseguradas aos juízes togados que se ocupam do julgamento de civis nos demais ramos do Direito.

Diante desse panorama, a melhor solução para aquilatar a prestação jurisdicional em relação aos civis no âmbito da JMU seria preconizar a competência do Juiz-Auditor para decidir, monocraticamente, os feitos envolvendo a prática de crimes militares pelos referidos jurisdicionados, restringindo a competência funcional dos colegiados da Justiça Especializada federal de primeira instância apenas ao julgamento de militares. Essa providência, além de permitir o completo atendimento aos princípios constitucionais, prestigiaria a especialização da Justiça Militar da União e realçaria seu relevante papel na proteção de bens jurídicos indispensáveis à própria existência das Forças Armadas.

Nesse intento, faz-se imperioso que o Superior Tribunal Militar, como necessário intérprete das leis que subsidiam sua atuação e como garantidor dos preceitos constitucionais, dê interpretação conforme a Constituição à Lei de Organização da Justiça Militar da União, adequando-a ao Princípio do Juiz Natural.

A PROGRESSÃO DO REGIME NOS CRIMES MILITARES ANTE AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha[24]
Micheline Barboza Balduino Ribeiro[25]

SUMÁRIO: Resumo; Palavras-Chave; Abstract; Keywords; 1. Introdução; 2. As Relações Especiais de Sujeição - Evolução no Tempo; 3. Progressão de Regime no Âmbito Militar; 4. Princípios Aplicáveis à Matéria; 5. Conclusão; Referências.

A PROGRESSÃO DO REGIME NOS CRIMES MILITARES ANTE AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

RESUMO

A concessão de progressão de regime é denegada no âmbito da Justiça Castrense sob o entendimento de que o militar, submetido ao encarceramento em estabelecimento prisional das Forças Armadas, sujeita-se à legislação penal especial, e não à Lei de Execução Penal. No presente artigo buscou-se ressaltar que a discussão acerca da possibilidade de conceder-se a benesse no âmbito do Direito Penal *Milicien*, perpassa o inciso XLVIII do art. 5º da Magna Carta, donde se extrai dever ser a sanção *"cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado"*. O art. 61 do Código Penal Militar, ao regular o cumprimento da pena privativa da liberdade em exegese restritiva, vem sendo interpretada em desconformidade com o postulado da isonomia, pois, dos custodiados em recinto das Forças Armadas, é

---

[24] Ministra do Superior Tribunal Militar. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito do Centro de Ensino Unificado de Brasília (UniCEUB).

[25] Advogada. Especialista em Direito Processual Penal. Analista Processual na Procuradoria-Geral da República (PGR). Cedida ao Superior Tribunal Militar.

subtraída a garantia da progressão. Conclui-se, então, a favor da hermenêutica inovadora sobre a inteligência da *legis* com vistas a autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal e efetivar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e, sobretudo, da individualização da reprimenda.

PALAVRAS-CHAVE: Progressão de Regime. Crimes Militares. Relações Especiais de Sujeição. Lei de Execução Penal.

THE PROGRESSION OF REGIME ON THE MILITARY CRIMES IN VIEW OF THE ESPECIAL RELATIONS OF SUBMISSION

ABSTRACT

The concession of progression in regime is denied in the military Justice, under the understanding that the military subjected to incarceration in a prison establishment of the Armed Forces is submitted to the special criminal law, and not the Law of Criminal Enforcement. In the present article we tried to emphasize that the discussion about the possibility of giving the benefit under Milicien Criminal Law permeates the item XLVIII of art. 5 of the Magna Carta, from which it extracts that the sanction must be "*implemented in separate establishments, according to the type of the offense, the age and sex of the convict*." The art. 61 of the Military Penal Code, when regulates the enforcement of custodial sentence in restrictive exegesis, is being interpreted in disagreement with the postulate of equality, because the guarantee of progression is subtracted from the custodied on enclousure of the Armed Forces. We conclude, then, in favor of an innovative hermeneutics about the intelligence of the legis in order to authorize the prevalence of the achievements implemented by the Law of Criminal Enforcement and give effect to the principles of reasonableness, proportionality and, above all, the individualization of reprimand.

KEYWORDS: Regime Progression. Military Crimes. Special Relations of Submission. Law of Criminal Enforcement.

1 INTRODUÇÃO

A concessão da progressão de regime, um dos maiores benefícios do sistema punitivo pátrio, é denegada no âmbito da Justiça Castrense sob o entendimento de que o militar submetido ao cumprimento de pena em estabelecimento das Forças Armadas sujeita-se à legislação criminal especial, e não, à Lei de Execução Penal[26].

Efetivamente, a Constituição Federal, ao dispor sobre as Forças Armadas, estabeleceu como pilares de sua organização e funcionamento a hierarquia e a disciplina. Tais princípios traduzem-se num conjunto de constrições normativas ao espaço do cidadão militar, na medida em que lhes impõe uma série de servidões que restringem o exercício dos direitos fundamentais.

Da leitura da Carta Política – art. 142 da CF – observa-se que várias dessas limitações foram estatuídas pelo próprio Constituinte Originário. Cite-se a vedação à impetração do *habeas corpus* contra punições disciplinares; a proibição de sindicalização e greve; a prisão administrativa sem ordem judicial, dentre outras.

Tais diferenças de tratamento, por vezes, materializam-se em conflitos principiológicos que, ao serem sopesados, poderão comprimir direitos clausulados como pétreos, em desfavor dos integrantes do Exército, Marinha e Aeronáutica.

E é por essa razão, e não outra, que o Direito Castrense inadmite institutos típicos de proteção ao indivíduo na esfera criminal, tais como a subsidiariedade, a fragmentariedade e a intervenção mínima,

---

[26] Sobre a matéria, pronunciou-se o Superior Tribunal Militar, em decisão unânime, com fundamento nos arts. 59 e 61 do CPM; *verbis*: *"que a execução de sentença que impõe pena privativa de liberdade até dois anos é cumprida pelo oficial em recinto de estabelecimento militar e pela praça em estabelecimento penal militar; e a superior a dois anos é cumprida por ambos em penitenciária militar, e, na falta desta, em estabelecimento prisional civil. Somente neste último caso – da pena ser cumprida em estabelecimento prisional civil – o recluso ou detento fica sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões também poderá gozar."* (**Apelação: 2006.01.001943-4/PA**. Min. Rel. Rayder Alencar da Silveira. Data da Publicação: 8/3/2007).

verdadeiros dogmas do Direito Penal Comum. Medidas despenalizadoras não são, igualmente, aceitas.

Está-se diante do poder legal de restrição, a projetar-se sobre pessoas em situação especial para com o Poder Público, sendo, consequentemente, tratadas de maneira diferenciada das demais quanto à fruição de determinadas garantias.

Nesse contexto, cumpre preliminarmente perquirir a latitude do âmbito de proteção e a fixação precisa dessas contenções para aferir a viabilidade jurídica de progressão de regime ao militar infrator, apenado com mais de dois anos de reclusão ou detenção, e que se encontra custodiado em presídio castrense.

2 AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO – EVOLUÇÃO NO TEMPO

Tem-se como certo que o âmbito de proteção designa o alcance da garantia jusfundamentalizada, aquilo que por ela é concebido, abrangendo a definição do pressuposto fático do direito, ou seja, a descrição do bem protegido. Contraposto ao âmbito de proteção está o conceito de restrição de direito fundamental que, de modo genérico, consigna afetações desvantajosas, redutoras do espectro do amparo.

Antes de mais, importa ressaltar que as relações especiais de sujeição passaram ao largo do abrigo constitucional no passado. Na Alemanha, a doutrina dominante as excluía do alcance geral de tutela legislativa. Os vínculos específicos e fortes que ligavam determinadas pessoas à Administração lhes impunham um sistema de relações nas quais o dever de obediência repelia a possibilidade de invocação de dispositivos legais. O fim perseguido pela *potestas* estatal determinava que se operasse numa base de confiança, eficiência e disciplina, inconciliáveis com o privilégio exclusivamente individual do gozo das tutelas jurídicas assecuratórias. A preservação de bens e interesses comunitários vinculados à função exercida pelo indivíduo justificava a constrição.

Com o passar do tempo, a teoria evoluiu, ensejando o estabelecimento de doutrinas heterogêneas. Uma propugnando que a compressão da fruição das fianças constitucionalizadas era indispensável

para a manutenção da relação especial de poder; outra entendendo não ser a limitação essencial, devendo a pessoa ser considerada como comum, não submetida a tratamento diferenciado; por decorrência, inadmitiam-se garantias restringidas[27].

Hodiernamente é assente que os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a seus direitos, nem se associam voluntariamente a um estatuto de sujeição produtor de contenções. O que caracteriza tal situação é determinadas relações de vida serem disciplinadas por um estatuto específico. Esse estatuto, contudo, necessita estar vinculado à *Lex Fundamentalis*[28].

No Brasil, tanto os direitos fundamentais, quanto as relações mantidas entre o sujeito e o Estado que gerem a diminuição do âmbito de proteção, hão de respaldar-se na Constituição. Nesse contexto, concernente aos militares, a Lei Fundamental coarcta faculdades e poderes específicos, devidamente justificados em face das atribuições por eles exercidas.

Certo é que as experiências de conflito entre valores ou bens jurídicos jusfundamentalizados permitem afirmar a ausência de direitos absolutos. A razão prescinde de exegese; é porque qualquer deles não pode deixar de ser limitado, no mínimo, pelo espaço necessário aos direitos das outras pessoas. Aliás, nesse sentido, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já estabelecia no art. 4º:

> *"A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não seja prejudicial a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que garantam aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados por lei."*.

---

[27] PIMENTEL, Luís. *A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas*. Lisboa: AAFDL, 2008, pp. 156 *et seq*.

[28] São requisitos de legitimidade constitucional para as restrições, na lição de Luis Pimentel: *"estar expressamente autorizada; processar-se por via de lei formal, estruturada esta em termos gerais e abstractos; ter sentido prospectivo (e não retroactivo); postergar medidas excessivas (desnecessárias, arbitrárias ou injustas porque desproporcionadas); e deixar sempre intocado o núcleo essencial dos direitos afectados"*. *Id*, p.166.

Vê-se que um preceito do século XVIII identificou conceitos contemporâneos que circundam a ideia de constrição e ponderação, ao proclamar preceitos universalizantes na maior e mais significativa Declaração até hoje firmada.

Não obstante, sem embargo do enraizamento histórico liberal, exsurgem dilemas. Gomes Canotilho entende que só há falar em **restrição de direitos** diante de uma efetiva limitação do âmbito de proteção dos próprios. Por outras palavras, somente depois de determinado o respectivo conteúdo e identificados os limites que enquadram a zona da ação normativa é que se pode aquilatar o tipo, a natureza e os fins do condicionamento.[29] Por seu turno, Jorge Miranda adverte que uma das tarefas mais árduas e melindrosas é estabelecer o que seja "conteúdo essencial" dos dispositivos magnos ou dos direitos, liberdades e garantias neles consignados. Identificá-lo e defini-lo revela enorme dificuldade e nunca é consensual e pacificamente delimitável[30].

E nesse particular, apesar do conteúdo essencial radicar-se na Carta Política, mas não estando pré-definido por ela, ele só se torna cognoscível a partir da intervenção do legislador ordinário, pelo que sua delimitação faz-se, muitas vezes, a partir das regras infraconstitucionais.

3 PROGRESSÃO DE REGIME NO ÂMBITO MILITAR

Em se tratando do Direito Militar, são os códigos, regulamentos disciplinares e leis pertinentes que acabam por precisar o que seja hierarquia e disciplina e, consequentemente, a comprimir mecanismos assecuratórios fundamentalizados pela Lei Maior. A mesma lógica prevalece na regulamentação, modulação e concretização normativa, diante da falta de critérios sólidos para o exercício dessas faculdades pelos poderes públicos.

---

[29] Segundo Gomes Canotilho, *"existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei."* Nesse viés, será a legislação ordinária que ampliará ou restringirá as possibilidades de atuação asseguradas pelo direito jusfundamentalizado afetado, ou irá confinar a eficácia de proteção do bem jurídico tutelado. *In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1258. Assim, *"só deve falar-se de uma **restrição de direitos** quando há uma efectiva limitação do âmbito de proteção desse direito." Id*, pp. 446-447.

[30] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV, pp 340.

Nesse diapasão, a discussão sobre a possibilidade de conceder-se progressão de regime no âmbito do Direito Penal *Milicien* perpassa o inciso XLVIII do art. 5º da *Magna* Carta, donde se extrai dever ser a sanção *"cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado"*.

Percorrem, por igual, as disposições do Código Criminal Castrense, nomeadamente, os artigos 59 e 61. *Vide*:

> *"Art. 59. A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional:*
>
> *I – pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;*
>
> *II – pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos."*.

E, ainda, o art. 61*:*

> *"Art. 61. A pena privativa de liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar."*.

Da leitura dos articulados, extrai-se que a *mens legislatoris* buscou diferenciar o local destinado ao cumprimento da restrição privativa de liberdade, consoante a condição do apenado – oficial ou praça –, bem assim levou em conta o *quantum* sancionatório aplicado, se superior ou não a um par de anos.

Com tal intuito, previu que o oficial condenado em até dois anos de detenção ou reclusão e cuja pena fosse convertida em prisão responderia pela medida constritiva em **recinto militar**. Também para a praça punida da mesma forma, determinou sua permanência em **estabelecimento castrense**.

Emerge, assim, da *Lex* ordinária qualquer diferenciação entre a detenção e a reclusão, restando ambas equiparadas pelo art. 59 e, sobre elas, não fazendo menção o art. 61.

Da *ratio* insculpida no art. 59 da Norma Penal Especial, descortina-se a possibilidade de incidência de qualquer uma das modalidades de início de cumprimento sancionatório, determinando-as o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal Comum, no qual se prevê sua fixação com observância dos critérios estipulados pelo art. 59 do mesmo diploma legal.

Concernente ao art. 61 do CPM, restou estabelecido que se o militar for sentenciado à apenação acima de dois anos e não houver penitenciária castrense para a constrição de liberdade, deverá ele cumpri-la em penitenciária civil. Por igual, fixou que, caso seja ele encarcerado em estabelecimento comum, poderá gozar das concessões previstas na legislação ordinária.

Por causa disso, procedeu a Justiça Militar da União a viés interpretativo sobre o Código Criminal Castrense discriminar o tratamento dado a militar punido com agravo superior a dois anos com base, tão só, no local onde se executará a reprimenda, quando deveria ter considerado o estabelecimento e a forma do regime inicial com supedâneo no agravo aplicado ao infrator[31].

Por óbvio, esta hermenêutica dissocia-se da nova ordem instituída em 1988, merecendo reformulação.

Agregue-se aos argumentos a ausência na positividade penal especial de qualquer previsão acerca da fixação de regime para o cumprimento da privação da liberdade; daí porque, em virtude do disposto no art. 5º, inciso XLVI, da CF, deve-se aplicar o Código Penal comum naquilo que lhe for pertinente.

---

[31] Anoto o julgado da Corte Superior Militar sobre o tema, *verbis*: "*MILITAR DA ATIVA. CAPITÃO DO EXÉRCITO. CONDENAÇÃO. PRISÃO EM UNIDADE MILITAR. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Conforme iterativos julgados desta Corte, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) só é aplicável aos condenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária. Inteligência do artigo 2º, parágrafo único, da supracitada Lei. Não é o caso dos autos. Conhecido do pedido e denegada a Ordem, por falta de amparo legal, restabelecendo-se o regime prisional inicialmente fechado. Decisão majoritária.*" (**Apelação: 0000007-53.2010.7.00.0000/PE**. Min. Rel. Olympio Pereira da Silva Junior. Data da Publicação: 14/6/2010).

Consoante lição de Vicente Ráo, *"pelo fato de se afastar do direito comum, do qual se destaca adquirindo autonomia, que o direito especial, ou singular, é chamado impropriamente direito de exceção e não porque constitua um sistema de normas opostas aos princípios e regras do direito comum."*[32].

4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À MATÉRIA

Fato é que, para a adequada compressão de direitos ou garantias dos militares das Forças Armadas, necessária previsão na Carta da República. Em que pesem os princípios constitucionais específicos norteadores do Exército, Marinha e Aeronáutica – *vg,* os garantidores da hierarquia e da disciplina –, não podem eles se esbaterem, injustificadamente, naqueloutros de igual envergadura, a saber: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a individualização da sanção, a razoabilidade e a proporcionalidade, estes últimos imanentes da Norma N*ormarum*.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos[33] *"quando alguém desiguala outrem, sem qualquer supedâneo constitucional, estamos diante das discriminações negativas"*.

Como ficaria, então, a garantia do conteúdo essencial, mormente considerando que a Constituição Brasileira não outorga autorização geral de restrição de direitos, liberdades e garantias tal como o faz a Constituição Alemã e Espanhola?

A resposta está no sopesamento de valores, o mesmo que serviu para determinar a relevância das instituições que poderiam ensejar as limitações.

À vista da teoria relativa que propugna a concordância prática e a ponderação, possibilitada está a concreção dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Exsurgindo conflitos aparentes, há de se aquilatar o que revela na espécie o maior peso, podendo ocorrer a cedência parcial ou mesmo total do conteúdo essencial da norma a depender da situação.

---

[32] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 178, nota de rodapé nº 15.

[33] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 418.

Afinal, a finalidade legitimada das restrições é a salvaguarda de outros bens jurídicos ou interesses magnos. Às Forças Armadas incumbe a defesa da Pátria, a garantia dos Poderes da República, da lei e da ordem. Não se olvide, outrossim, que o desenvolvimento da política de segurança se insere, contemporaneamente, em um contexto político e estratégico mais alargado, em favor de uma defesa integrada para gerir crises no cenário internacional. Assim, o papel tradicional das Forças Armadas vem se transmutando para alcançar missões humanitárias, de manutenção ou de imposição de paz.

Tal como explanado, o princípio da proporcionalidade, conhecido como proibição do excesso, sublima a ideia de que as intervenções em preceitos pétreos são possíveis quando idôneas, necessárias e adequadas.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe a proporcionalidade há de revestir-se de um tríplice fundamento:

1) a adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado;

2) a necessidade, a traduzir-se na existência de outro mecanismo menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público; e

3) a proporcionalidade estrito senso, a saber, as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens[34].

Está-se diante de um *"controlo de razoabilidade-coerência, de razoabilidade-adequação e de proporcionalidade-necessidade."*[35].

Há violação ao princípio, com ocorrência de arbítrio, nas hipóteses em que os meios destinados a realização de um fim não são, por si mesmos, apropriados, ou quando a desproporção entre eles é particularmente evidente. A proporcionalidade pretende balancear a justa medida

---

[34] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005, p.23. Para um maior desenvolvimento do tema, consultar: BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2005.

[35] PIMENTEL, Luís. *Op. Cit,* p.179.

do sacrifício imposto pela intervenção, a fim de possibilitar o controle do excesso.

Ela propugna a menor ingerência possível, a alternativa menos gravosa, de modo a otimizar o grau de eficácia dos direitos individuais frente às constrições estabelecidas concretamente pelos poderes públicos. Obriga a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam aptas para a satisfação do objetivo perseguido e a eleger, dentre todas, aquela menos lesiva ao cidadão.

O ponto fulcral da presente análise cinge-se à indagação sobre os limites nos quais a hierarquia e a disciplina fundamentariam o limite. E sobre tal questionamento, o postulado invocado produz uma controvertida ascendência do juiz-executor da justiça material sobre o legislador, na medida em que a Judicatura atua em espaço mais livre ao examinar e a perscrutar a válida aplicabilidade das leis.

Mais, sendo a proporcionalidade um princípio geral, constitui-se numa "fórmula vazia", que consente ao aplicador do Direito toda uma latitude de apreciação, donde decorrem duas consequências: a primeira – independer de localização hierárquica (no Brasil, o postulado nem se encontra inscrito na Constituição); a segunda – tornar possível a justiça do caso concreto, rompendo com a rigidez das regras legislativas abstratas.

> *"O juiz, legislador de terceiro grau, dirimirá os conflitos, legislando entre as partes. Intérprete normativo no ocaso da velha dogmática jurídica, desde o advento da Nova Hermenêutica, o magistrado passou a ser um o legislador casuísta; aquele que tanto na esfera tópica como sistemática dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade para coibir eventuais excessos tanto do Executivo quanto do Legislativo."*[36].

Por consequência, infere-se transcender o exercício da jurisdição a égide do legalismo formal e rígido, para alcançar o legitimismo principiológico e material. Nesse caminhar, o Poder Judiciário, garante da supre-

[36] *In:* BONAVIDES Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 21.

macia constitucional, tem sobrelevada sua função de interpretação, construção e integração do Direito. É ele quem harmoniza a ordem jurídico-normativa, de forma a valorizar "a coesão, a congruência e a identidade do sistema"[37].

Na questão ora esbatida, carece motivação racional para o *jus puniendi* estatal promover tamanha desequiparação em matéria tão sensível ao indivíduo quanto a restrição do *jus libertatis*, concedendo aos civis e militares encarcerados em presídios comuns a progressão do regime, e negando-a àqueles custodiados em prisões castrenses. Especula-se que a desigualação intentou evitar discrepâncias de tratamento entre os sentenciados militares que se encontrassem cumprindo medida constritiva de liberdade em estabelecimento prisional comum. Outra possibilidade é a notória precariedade dos cárceres no Brasil, a influenciar a concepção discriminatória.

Todavia, a solução encontrada fere o postulado da isonomia, uma vez que, ao pretender equiparar civis e militares custodiados no mesmo local, acabou por diferençar os segundos, encarcerados em recinto das Forças Armadas, inobservando critério razoável ou justa medida.

A falsa ideia de obstaculizarem-se dessemelhanças entre humanos acabou refutada, dando origem a uma situação incongruente onde uma mera situação factual, totalmente desvinculada do agente ou das circunstâncias nas quais o delito fora perpetrado, é utilizada pelo Juízo para fins de concessão de garantias, devidas, em princípio, a todos os condenados indistintamente.

Consabido extrair-se da equidade o dever e a necessidade de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Na lição de Singer, *"o preceito básico da igualdade não requer tratamento igual ou idêntico; ele requer igual consideração"*[38].

Para Uadi Lammêgo Bulos[39]:

> *"Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desequiparações ilícitas e inconsti-*

---

[37] *Id,* p.21.
[38] SINGER, Peter. *Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 47.
[39] *Op. Cit*, p. 419.

tucionais. Enquanto limite à autoridade pública, os presidentes da república não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade.".

À evidência, não se podem ignorar distinções legítimas, merecendo respeito as especificidades para a real e efetiva edificação do Estado Democrático. Mas, sem embargo das peculiaridades norteadoras das Forças Armadas, mormente no tocante aos pré-falados preceitos da disciplina hierárquica, não guardam eles nenhuma correlação jurídica plausível com a fixação de regime para a execução penal de militar punido sob a égide da Justiça Penal Especializada.

E, neste ponto, justificativas não se alevantam para explicar a razoabilidade de se impor ao oficial ou à praça confinado em prisão militar, o regime fechado, retirando-lhe a possibilidade de progredir. A uma, por afrontar a individualização sancionatória; a duas, pela ausência de previsão legal autorizativa.

Incompreensível que, apesar de a *Lex* Material Castrense diferenciar as penas de detenção e reclusão apenas no tocante à gravidade do delito praticado para fins de aplicação do regime de cumprimento da sanção, haja prevalecido exegese em desfavor do réu, no sentido de dever ele, ao longo de toda constrição da liberdade, submeter-se ao cárcere fechado.

No escólio de José Frederico Marques[40], o Código Penal *"atual preferiu o sistema da pluralidade de formas de penas privativas da liberdade, no que andou acertado: além de ser esta a orientação que a ciência penal abraça na atualidade, ela atende melhor à regra programática da Constituição sobre a individualização da pena."*.

Mais desarrazoada sobreleva-se a relativização da garantia sob a perspectiva da possibilidade de vaga em presídio castrense; sabido que, em hipótese de sua inexistência, o condenado enviado a estabelecimento prisional civil fará jus a regime inicial diverso do fechado, bem como à progressão.

---

[40] MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1999, p. 176.

Indaga-se, pois: em não havendo penitenciárias castrenses disponíveis para a clausura, justificar-se-ia extrair do apenado sua condição de militar, ou se aplicaria o Código Penal Comum, em regra não aceito?

Segundo esse raciocínio, a ressocialização do criminoso subjaz em segundo plano, em virtude da desestruturação do sistema carcerário brasileiro.

Evidentes o contrassenso e a dissimilitude, na medida em que ora defende-se doutrinariamente não ser aplicável o Direito Penal ordinário à vista do Especial, ora é o primeiro utilizado para assegurar tratamento jurídico isonômico à civis e militares.

Diante de tal problemática, como defender a superveniência do critério da especialidade sem retirar de cena os princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e individualização? Como prevaleceria a equanimidade entre oficiais e praças condenados pelo mesmo crime, em reprimendas idênticas e análogas circunstâncias, se não houver vaga em penitenciária castrense para todos? Poder-se-ia considerar proporcional e razoável o cumprimento de detenção convertida em prisão fixada em seis meses, sob regime fechado, se comparada a outra estabelecida em quatro anos, inicialmente cumprida em regime aberto, pelo simplório argumento de esta ser executada em cárcere civil?

Fato não poderem as normas jurídicas prever distinções desautorizadas pela Lei Maior. Na hipótese, " [...] *os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. (...) isso porque, de ordinário, a Constituição federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente."*[41].

Dito posicionamento foi o consagrado pela Segunda Turma do STF, no HC 104174/RJ, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito[42].

---

[41] **HC 104174/RJ**. Ministro Relator Ayres Brito. Segunda Turma. Publicado em 18.05.2011.

[42] *"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL CO-*

MUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da 'justa medida' entre a ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso. 2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei'. Nova amostragem está no preceito de que 'não caberá habeas corpus *em relação a punições disciplinares militares' (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142). 3. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as 'peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra' (inciso X do art. 142). 4. É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa* de *liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a*

Relembre-se que o postulado da isonomia descortina-se como método interpretativo, porquanto *"(...) o juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei."*[43].

Inquestionável a supressão da liberdade afetar o ser humano, física e psicologicamente. Não é porque o sentenciado é militar que não sofrerá as idênticas penúrias da prisão, tal qual o civil. Imperiosa, portanto, a incidência dos benefícios garantistas da reinserção, a exemplo da progressão de regime, mormente considerando-se que o preso retornará ao convívio social.

Rememore-se a função pedagógica da reprimenda estatal, cujo escopo transcende a punição e a prevenção, para almejar a reeducação do detento. Decerto, essa última finalidade será melhor alcançada com a reintegração progressiva do excluído na sociedade.

Ademais, a individualização não se esgota na fixação do agravo propriamente dito; vai além e engloba as modalidades de seu cumprimento em observância à situação pessoal de cada um, de modo a autorizar a concessão de benesses ao agente infrator quando lhe for de direito ou retirar-lhe se desmerecedor.

Nesse diapasão, a Súmula nº 719 do STF preceitua que *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*.

Por certo, a existência de prisão castrense não configura argumentação jurídica idônea para a imposição de regime integralmente fechado ao sentenciado militar nela encarcerado. Tampouco, num raciocínio *a contrario sensu*, sua ausência não justificaria conceder-lhe a progressão de regime automaticamente e sem a observância dos ditames normativos, apenas por ele encontrar-se em cárcere civil.

---

avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense." **HC 104174**. Relator: Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 29/3/2011, DJe-093 DIVULG 17-5-2011 PUBLIC 18-5-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00118.

[43] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 282.

Para além, incongruente a impossibilidade da progressão diante da possibilidade do livramento condicional, autorizado pelo CPM.

Semelhante indignação, manifestou-a o Ministro Marco Aurélio nas bem lançadas razões de voto proferidas em sede do *Habeas Corpus* nº 69.657-1/SP, no qual se suscitou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990. Abaixo excerto da decisão, *litteris:*

> *"Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza – inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena."*.

De igual forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça em processo sob a relatoria do Min. Gilson Dipp[44]. Leia-se:

> ***"CRIMINAL.* HABEAS CORPUS. *CRIME MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL MILITAR. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NOS CASOS OMISSOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.***

[44] **HC 215765/RS.** Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 8/11/2011, DJe 17/11/2011.

> ***REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA.***
>
> *I. Hipótese em que o paciente, cumprindo pena em estabelecimento militar, busca obter a progressão de regime prisional, tendo o Tribunal* a quo *negado o direito com fundamento na ausência de previsão na legislação castrense.*
>
> *II. Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares 'quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária', o art. 3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos.*
>
> *III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do* habeas corpus *nº 104.174/RJ, afirmou que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena.*
>
> *IV. Pela observância deste princípio, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.*
>
> *V. Deve ser cassado o acórdão combatido para reconhecer o direito do paciente ao benefício da progressão de regime prisional, restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando.*
>
> *VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator."* (grifos nossos).

5 CONCLUSÃO

Tal como colocado, incontestável a desconformidade hierárquica da exegese estigmatizante do artigo 61 do *Codex Milicien,* em face da Norma *Normarum*. Obstaculizar direito fundamental de progredir no cumprimento da sanção, impondo a permanência de sentenciado militar em presídio castrense até o final da reprimenda, viola o conceito de justiça e individualização, bem como afronta princípios máximos clausulados como pétreos. A intervenção restritiva aos direitos dos cidadãos submetidos às relações especiais de sujeição, há de ser adequada à salvaguarda

dos direitos, interesses ou valores de relevância constitucional; há de ser necessária à obtenção desse fim e há de conter a justa medida de modo a denotar equilíbrio em relação aos benefícios alcançáveis por meio da intervenção[45].

Atente-se à condição dos réus com menos de dois anos, aos quais não é dado, sequer, o livramento condicional nas situações excepcionalíssimas do art. 88 do CPM. Aí, sem embargo da menor gravidade delitiva, deverão eles cumprir a condenação em "*regime integral de permanência em estabelecimento militar*".

A propósito, o confinamento absoluto no cárcere teve a validade expurgada pela Suprema Corte, quando declarou a inconstitucionalidade da Lei 11.464/2007, que alterou a Legislação dos Crimes Hediondos, impedindo a progressão de regimes aos agentes nela condenados[46].

Invalidada, jurisprudencialmente, inadmissível juízo hermenêutico tão desfavorável aos crimes militares, em tese menos ofensivos do que os hediondos, sem justificativa jurídica válida, a não ser o local da prisão.

Em conclusão, imperativa interpretação inovadora sobre a inteligência do art. 61 do Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, para autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal. Dita exegese sobrelevará a lógica que advém da racionalidade jurídica, uma vez que, ante a complexidade em demarcar as fronteiras das constrições nas relações especiais de sujeição, cabe ao Poder Judiciário salvaguardar o conteúdo essencial dos direitos coarctados.

Nesse universo, a atuação jurisdicional não só explicitará a normação legítima, como contribuirá para o rearranjo institucional do sistema político democrático, sabido que o infrator – civil ou militar – permanece sendo um partícipe do Contrato Social.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *Os Poderes Desarmados. À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História. Figuras do passado e do presente.* São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

---

[45] PIMENTEL, Luís. *Op. Cit*, p. 178.

[46] **HC 82959/SP**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/2/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795.

_____. *Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005, p.23.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1992.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, 1960.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Atualizada. Campinas: Millennium, vol. II, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTEL, Luís. *A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas*. Lisboa: AAFDL, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SINGER, Peter. *Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade.* Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* 29ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª edição.

AS FORÇAS ARMADAS NA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM – RESPALDO JURÍDICO

Luis Carlos Gomes Mattos [47]

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, temos acompanhado o emprego das Forças Armadas durante as crises de ordem interna em razão de greves de órgãos de Segurança Pública e, também, em diversas outras ocasiões, como na ECO 92, na Operação Rio 94, na Operação Real Plus 95 e nas diversas eleições, apenas para citar alguns exemplos de operações ocorridas entre 1988 e 1999. Neste período, as Forças Armadas foram acionadas cerca de cinquenta vezes para atender, temporariamente, necessidade de ordem pública.

Recentemente, cada vez mais as Forças Armadas vêm sendo utilizadas em missões voltadas para áreas afetas ao setor de segurança pública. O Estado retornou aos morros cariocas com o uso das Forças Armadas em operações policiais contra o tráfico de drogas, nos Complexos do Alemão e da Maré. Atuou ainda de forma dissuasiva em eventos internacionais realizados no Brasil, como a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS) no ano de 2012, comumente conhecida como Rio+20, a Jornada Mundial da Juventude em 2013, que contou com a participação do Papa Francisco, e a Copa do Mundo em 2014.

Tudo indica, portanto, que esta tendência será mantida nos próximos anos, pelo menos até o final deste ciclo de grandes eventos, que culminará com as Olímpiadas de 2016, em que mais uma vez as Forças Armadas deverão ser empregadas na Segurança Pública e, em especial, nas ações contra terrorismo.

Nesse artigo, pretendemos mostrar de maneira bastante sucinta a evolução jurídica que respalda o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem.

---

[47] General de Exército. Ministro do Superior Tribunal Militar.

2 MISSÃO DAS FORÇAS ARMADAS

> *"A Constituição da República, em seu artigo 142, trata das Forças Armadas, instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, destinados à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um desses poderes, à garantia da lei e da ordem."*.

O respeito aos princípios da Hierarquia e da Disciplina tornou necessária a existência de um ordenamento jurídico particular, com códigos – Código Penal Militar (CPM) e Código de Processo Penal Militar (CPPM) –, leis, regulamentos e estatutos próprios, que se alicerçam nos ditames da Constituição Federal vigente.

A Defesa da Soberania, por sua vez, por constituir missão síntese principal das Forças Armadas, poderá exigir um conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase na expressão militar, diante de ameaças externas. Para debelar essas ameaças, a Constituição dispõe de medidas extraordinárias a serem decretadas, que são:

- Declaração de Guerra e Mobilização Nacional (art. 49/CF – INCISO II e art. 84/CF – INCISO XIX).

A Constituição também prevê ações diante de Ameaças Internas contra o próprio ESTADO:

- Estado de Defesa (art. 136/CF) e Estado de Sítio (art. 137/CF).

A CF ainda define, no Título V (Art. 142), a missão das Forças Armadas, mas o seu emprego em Operações de Garantia da Lei e da Ordem, quando do momento da sua promulgação, ainda carecia de regulamentação por normas mais específicas.

3 GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO)

Apesar de as ações contra as ameaças internas não constituírem a missão principal das Forças Armadas, o seu emprego na Garantia da Lei e da Ordem é missão ordinária e normal, com respaldo na Constituição Federal de 1988, que, desde sua origem, em seu § 1º do art. 142, já definia que uma Lei Complementar (LC) estabeleceria normas gerais a respeito.

Contudo, somente em 1999, ano de criação do Ministério da Defesa, e passados onze anos da promulgação da Constituição, é que

uma Lei Complementar definiu a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas (LC nº 97/1999). Não obstante, mesmo antes dessa lei, as Forças Armadas foram acionadas várias vezes, durante crises de ordem interna entre 1988 e 1999, sob o "guarda-chuva" jurídico do artigo 142 da Constituição Federal.

Somente a partir da LC nº 97/1999, a participação das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem (GLO) passa a ser realizada com amparo legal mais adequado e com maior apoio jurídico.

4 ASPECTOS DA LC Nº 117/2004

A necessidade de aperfeiçoar o ordenamento jurídico sobre GLO foi suprida pela LC nº 117/2004, alterando, sem extinguir, a LC nº 97/1999. Já os principais aspectos destacados no decreto 3897/2001 foram ratificados pela nova lei. Algumas dessas inovações merecem destaque.

Uma das referidas alterações se deu no art. 15 da LC nº 97/1999. O dispositivo não definia quando estariam esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Esse impasse ficou resolvido na LC nº 117/2004, com a alteração do citado artigo, estabelecendo a ativação das Forças Armadas e autorizando o controle operacional dos elementos de Segurança Pública necessários ao desenvolvimento das ações pela autoridade encarregada das operações.

A LC nº 117/2004 ainda incluiu o artigo 17-A, que definiu atribuições subsidiárias para o Exército. Entre essas, o inciso IV atribuiu o Poder de Polícia ao Exército na faixa de fronteira de 150 km no interior do território nacional. Essas atribuições foram estendidas à Marinha e à Força Aérea pela LC n° 136/2010.

5 ASPECTOS DA LC Nº 136/2010

Em 2010, a LC nº 97/1999 sofreu nova alteração com a LC 136/2010, que reestruturou o Ministério da Defesa e suas responsabilidades, criando também o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas.

De acordo com essa lei, foi estendido à Marinha do Brasil e à Força Aérea Brasileira o poder de polícia, que era destinado apenas ao

Exército para combater os delitos transfronteiriços e ambientais, preservadas as competências das Polícias Judiciárias.

Para a Aeronáutica, a LC nº 136/2010 acrescenta outras atribuições subsidiárias no inciso VII do artigo 18, que determina o controle do tráfego aéreo ilícito, com ênfase no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, podendo atuar com o poder de polícia necessário.

Porém, a alteração mais significativa foi no § 7º do art. 15, no qual se define que o preparo e o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do art. 124 da CF ("*à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei*").

6 LEI DO ABATE

O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), instituído em 1986 e modificado em 1998, trata, no Capítulo IV do Título IX da Lei nº 7565/86 (*Da Detenção, Interdição e Apreensão de Aeronave*), dos casos em que uma aeronave pode ser submetida a detenção, a interdição e a apreensão por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal. O artigo 303 do CBA previa somente a detenção, não abordando a situação para destruição.

Em 1998, é editada Lei nº 9.614, que ficou conhecida como Lei do Abate/98, pois incluiu no § 2º do artigo 303 a possibilidade de destruição, ao acrescentar que aeronave considerada hostil pode ser destruída sob autorização do Presidente da República ou de autoridade com delegação de competência regulamentada pelo Decreto nº 8265/14.

7 CONCLUSÃO

As Forças Armadas sempre estiveram presentes nos momentos marcantes de nossa história nacional, atuando de forma decisiva no passado e no presente, seja colaborando na preservação da integridade do território brasileiro e na soberania nacional, seja contribuindo de maneira crucial na formação da Nação Brasileira.

As participações no Rio de Janeiro contra a criminalidade, assim como inúmeras operações desencadeadas por todo o País, a partir da Constituição de 88, demonstram a capacidade das Forças Armadas como última opção disponível ao Estado nas questões internas.

Essa medida, ao ser determinada por ato presidencial, em local e por período designado, de forma legal e legítima, tem por objetivo a preservação da ordem. Isso vem sendo empregado cada vez mais, porém agora com um respaldo jurídico mais específico.

Ao definir, no § 7º do art. 15 da LC nº 99/1997, que as operações de Garantia da Lei e da Ordem são **atividades militares**, atribuiu-se à Justiça Militar da União a competência para processar e julgar os crimes militares ocorridos durante essas operações, propiciando a segurança jurídica necessária.

> *"Para regular instituições tão peculiares e específicas como as Forças Armadas, nada mais adequado do que um conjunto de leis igualmente específicos."*.

JURISPRUDÊNCIA 2014

Apelação

APELAÇÃO 92-66.2012.7.03.0103-RS

Relator – Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão.

Revisor – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelantes – Lidomar Luiz Cunha Peruzzo, ex-Cb Ex, e Fernando Alves de Jesus, ex-Sd Ex, condenados à pena de 3 anos de reclusão, como incursos no art. 303, § 2º, 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 3ª CJM, de 3/9/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PECULATO-FURTO. COAUTORIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. TESTEMUNHA PRESENCIAL UNITÁRIA. 1) A subtração de gêneros alimentícios, armazenados nas dependências do Rancho da OM, uma vez perpetrada por cozinheiro (cassineiro) e por permanência, em co-autoria, configura o crime de peculato-furto, mormente considerando a ruptura com a probidade e a fidelidade esperadas, genericamente, dos servidores públicos, as quais decorrem da confiança neles depositada. 2) Integra a facilidade especificada no texto legal, com respeito ao peculato-furto,

aquela decorrente precipuamente da atividade cotidiana do agente, ou seja, das estreitas relações funcionais com o setor do qual foi subtraído o bem sob a Administração Militar, tais como: o acesso às chaves, o conhecimento da rotina de trabalho e o ingresso, insuspeito, ao local onde estão armazenados bens e valores visados. 3) É suficientemente válida, para a comprovação da autoria delitiva, a declaração de testemunha presencial única, máxime quando harmônica com outros elementos probatórios que se mostram perfeitamente concatenados. 4) Não provimento do recurso defensivo. Maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao Recurso da Defesa, para manter, em seus jurídicos fundamentos, a Sentença hostilizada que condenou o ex-Cb Ex Lidomar Luiz Cunha Peruzzo e o ex-Sd Ex Fernando Alves de Jesus à pena de 3 anos de reclusão, como incursos no art. 303, § 2°, do CPM, com o direito de recorrerem em liberdade e o regime prisional aberto. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor) dava provimento parcial ao Apelo interposto pela Defensoria Pública da União, para condenar os Apelantes como incursos, por desclassificação, no art. 240, § 5º, do CPM, fixando para ambos a pena de 2 anos de reclusão, concedendo-lhes o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos dos arts. 84 do CPM e 606 do CPPM, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea "a", com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz-Auditor prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do mesmo Diploma Legal, fixando o regime prisional aberto para o cumprimento da pena, se for o caso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP, com o direito de recorrer em liberdade. O Ministro José Barroso Filho dava provimento parcial ao Apelo, para condenar os Apelantes como incursos no art. 303, § 2º, do CPM, estabelecendo para ambos a pena de 2 anos de reclusão, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, fixando o regime prisional aberto para o cumprimento da reprimenda. O Revisor fará voto vencido. O Ministro José Barroso Filho fará declaração de voto. O Ministro Alvaro Luiz Pinto não participou do julgamento. Presidência do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. Na forma regimental, usaram da palavra a Defensora Pública Federal de Categoria Especial Dra. Tatiana Siqueira Lemos e a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Anete Vasconcelos de Borborema.

Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, José Coêlho Ferreira e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 100ª Sessão, 16/12/2014).

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União em favor do ex-Cb Ex LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO e do ex-Sd Ex FERNANDO ALVES DE JESUS, condenados pelo CPJ da 1ª Auditoria da 3ª CJM, por unanimidade, à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incursos no art. 303, § 2º, do CPM, com o direito de apelarem em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Na Denúncia, oferecida em 31.10.2012 (fls. 01/1 / 01/4 - Vol 1) e recebida em 9.11.2012 (fls. 120 - Vol 1), relata o representante do MPM, em síntese:

> *"(...) No dia 22 de junho de 2012, por volta das 22 horas, no interior do quartel do 3º RCG, o Cb Lidomar Luiz Cunha Peruzzo, que cumpria função de permanência do Rancho, e o Sd Fernando Alves de Jesus, apropriaram-se de 5 (cinco) caixas de carne que estavam estocadas na Câmara Fria do Rancho do 3º Regimento de Cavalaria de Guarda.*
>
> *O crime foi descoberto no dia 25 junho de 2012, por intermédio do Sd Felipe da Silva Vieira, que, ao perceber uma falta considerável de caixas de carne no estoque do Rancho, informou ao 3º Sgt Civaldo Telles Rodrigues Junior. Este, ao conferir os estoques, confirmou a diferença no saldo de carne estocada e, imediatamente, participou o fato ao Cap Sylvio Rodrigues Nunes Neto.*
>
> *No decorrer das investigações comprovou-se que, na sexta-feira, dia 22/06/21012, o Cb Peruzzo estacionou seu carro na porta dos fundos do aprovisionamento, sob pretexto de lavar e aspirar o automóvel. Ao término do expediente, antes de sair do*

serviço, o 3º Sgt Civaldo Telles Rodrigues Junior entregou a chave do aprovisionamento para o Permanência do Rancho, então Cb Peruzzo.

Por volta das 21h, o Sd Pedro Guilherme Silva da Silveira, foi até o Rancho para ver com o Permanência se havia algo para comer, eis que estava de laranjeira e se atrasou para o jantar. Chegando lá, encontrou a porta da frente do aprovisionamento fechada e teve que dar a volta para entrar pela porta dos fundos. Percebeu, então, que o carro do Cb Peruzzo estava bem em frente à câmara fria com a tampa do porta-malas aberto.

Ao se aproximar, observou que haviam duas caixas de carne no porta-malas do automóvel. Ao avistar o Sd Pedro, o Cb Peruzzo chamou-o ao mesmo tempo que fechou a tampa do porta-malas, e pediu que o Sd Pedro o aguardasse ali, ao lado da porta.

Enquanto aguardava, o Sd Pedro presenciou o Sd Jesus colocando mais duas caixas de carne em cima do banco traseiro do automóvel do Cb Peruzzo.

Após carregarem o carro com as caixas de carne, o Cb Peruzzo e o Sd Jesus falaram que estariam indo ao Planet Ball para uma partida de futebol e disseram para o Sd Pedro que ele deveria ir até lá, para receber instruções sobre o que dizer caso alguém perguntasse algo sobre o que ele viu.

No primeiro momento o Sd Pedro disse ao Cb Peruzzo e ao Sd Jesus que não iria com eles ao Planet Ball. Diante da negativa, o Cb Peruzzo, em tom de ameaça, disse ao Sd Pedro que ele iria sim, e o lembrou de uma carona que o Sd Jesus lhe dera, no retorno do polo de verão, quando gravou o lugar onde morava o Sd Pedro e sua família.

Então, mesmo contrariado, o Sd Pedro trocou de roupa e foi até o Planet Ball. Chegando lá, encontrou o Cb Peruzzo que logo começou a dar orientações ao Sd Pedro para que ele ficasse calado, sempre lembrando que o Sd Jesus sabia onde ele e sua família moravam.

Consoante Relatório de Avaliação, fl. 104, o valor do prejuízo foi de R$ 9.590,25 (nove mil quinhentos e noventa reais e vinte e cinco centavos), correspondentes a 128 Kg de contra-filé, 116,17 Kg de filé mignon, 223 Kg de picanha.

Assim sendo, verifica-se que, no dia 22 de junho de 2012, por volta das 20 horas, no interior do aquartelamento do

> *3º RCG, em Porto Alegre/RS, os denunciados Cb Lindomar Luiz Cunha Peruzzo, que estava desempenhando a função de Permanência do Rancho, e o Sd Fernando Alves de Jesus, apropriaram-se de 467 Kg de carne bovina da câmara fria do Rancho de 3º RCG, incidindo na conduta delituosa tipificada no Art. 303, § 2º do Código Penal Militar, causando prejuízo ao patrimônio pertencente à Administração Militar".*

Pelo relatório de avaliação, constatou-se que a conduta praticada pelos acusados acarretou um prejuízo de R$ 9.590,25 (nove mil quinhentos e noventa reais e vinte e cinco centavos) ao erário (fl. 104).

O acusado **LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO**, ex-Cb Ex, foi citado (fl. 132v), qualificado e interrogado (fls. 138/140). Naquela assentada, em síntese, declarou que na data dos fatos estava de serviço como permanência ao rancho e, ao finalizar o serviço às 21h40min daquele dia, deixou as chaves com o Comandante da Guarda, saindo a seguir do quartel, sem que seu carro fosse submetido a revista. Contudo, esclareceu que o sentinela olhou para dentro de seu veículo. Afirmou que naquela ocasião estava acompanhado pelo Sd Jesus e foram a um jogo de futebol em um lugar chamado Planet Ball. Disse, ainda, que para aquele local também se dirigiu o Sd Pedro, conduzindo sua moto. Esclareceu que mantinha amizade com o Sd Jesus e o Sd Pedro e que não fez qualquer ameaça a esse último naquela ocasião. Disse que, de fato, a carne sumiu, mas ele nunca pegou nada do quartel, por isso não era verdadeira a imputação que recaía sobre ele. Relatou que não fez conferência do estoque da câmara fria ao assumir o serviço naquela oportunidade. Confirmou que, no dia dos fatos, com autorização do Oficial-de-Dia, estacionou próximo ao escritório do oficial do rancho para lavar e aspirar seu carro. Relatou, ainda, que teve notícia de sumiço de outros gêneros alimentícios do rancho e acrescentou que o transporte de 467 Kg de carne dificilmente não seria percebido, sendo que cada caixa possui aproximadamente 30 Kg.

Do interrogatório do ex-Cb Ex PERUZZO extraem-se os seguintes excertos (fls. 138/140):

> *"(...) <u>Que na data dos fatos, estava de serviço de permanência ao rancho, serviço iniciado às 05h e encerrado às 21:40h, ocasião em que deixou a chave com o Comandante da guarda</u>, sendo que não esta lembrado de seu nome agora; (...) Que não conhece a carne referida na denúncia; que não é verdadeira a acusação; que a carne sumiu, mas que não retirou;*

que nunca pegou nada do quartel e que entregou a chave para o Comandante da Guarda; que não fez conferência na câmara fria quando assumiu o serviço; que no dia, saiu do quartel por volta de 21h30min, 21h40min; que não houve revista o seu veículo que, mas a pessoa que abriu o portão do quartel parou o carro e olhou para dentro do mesmo; que não sabe o nome dessa pessoa; que no domingo à noite (dia 24.6.12), esteve no quartel, ocasião em que utilizou o banheiro da Guarda; que estava de carro e não foi a nenhum outro lugar; que depois que deixou o quartel, na companhia do Soldado Jesus, no carro do declarante, se dirigiu para o Planet Ball, que é um local onde tem quadras e havia um jogo previsto; que o Soldado Pedro também foi para o local, porém na moto dele; que é amigo do Jesus e do Pedro; que não fez nenhum tipo de ameaça ao Soldado Pedro naquele lugar; que só vê um motivo para o Soldado Pedro ter dito que viu o acusado retirando a carne, o motivo seria o engajamento dele; que ele com o 'filme queimado' no Quartel; que eles saiam juntos, que iam a festas e bebiam juntos; que no dia, com autorização do Tenente Lacerda Machado, Oficial de Dia, próximo a porta do escritório do Oficial do Rancho, o declarante fez a aspiração no interior do seu carro, bem como passou uma água por cima dele; que não era comum tal procedimento; que já aconteceu de não haver estacionamento em razão de algum evento e ter que colocar seu carro na região do rancho; que nunca foi acusado de ter praticado nenhum tipo de furto ou de ter retirado alguma coisa do rancho; que era comum o encontro do declarante, do Soldado Jesus e do Soldado Pedro para jogarem no Planet Ball, assim como em outros lugares; que não tem certeza se no dia, ou um dia antes, avisou o soldado Pedro de que haveria um jogo no dia 22 de junho de 2012, sendo que ele queria ir, assim como os outros foram; que depois do jogo, o declarante, o Soldado Jesus e o Soldado Pedro foram jogar sinuca em um lugar chamado 'Bar i Bar', que, se não está enganado, fica na Avenida Princesa Isabel; que o Soldado Pedro foi porque quis; que beberam juntos e tem foto disto; (...) que não sabe dizer que horas saiu do 'Bar i Bar'; que soube do fato na segunda-feira seguinte (25.6.12), no Quartel, por intermédio do Cap Sílvio Nunes, Comandante do Aprovisionamento, sendo que, anteriormente, havia recebido um telefonema do Capitão para comparecer ao Quartel, isto porque o declarante

se encontrava em curso no Sest/Senat; que não sabe dizer se as guarnições de serviço de sábado e domingo foram, ou não, ouvidas; que estas guarnições têm o mesmo acesso do declarante quando em serviço; que pelo conhecimento que tem, inclusive por descarregar carne, cada caixa tem 27 a 30 Kg; que acredita que não haveria como transportar 467Kg de carne sem que isso fosse notado; que ouviu falar sobre sumiço de outros gêneros do rancho, não especificamente carne." (destaquei).

O acusado **FERNANDO ALVES DE JESUS**, ex-Sd Ex, foi citado (fl. 133v), qualificado e interrogado (fls. 141/143). Ao ser ouvido em Juízo, esclareceu que na ocasião dos fatos (22.6.2012) estava de serviço como Cozinheiro de Dia, tendo iniciado sua atividade às 5h da manhã e permanecido no quartel até às 7h45min quando se dirigiu para a Policlínica Militar a fim de frequentar um curso e, ao término da aula, às 18h30min, retornou ao quartel, vindo novamente a sair às 21h para ir a uma partida de futebol no Planet Ball, juntamente com o Cb Peruzzo e lá encontrou, também, o Sd Pedro. Acrescentou que naquele dia, após o futebol, foram a um barzinho para confraternizar e foram vistos pelo Sd Felipe Silva. Esclareceu que comumente, uma vez ao mês, os três jogavam futebol no Planet Ball. Afirmou não ter visto as carnes referidas na denúncia e, por isso, destacou não ser verdadeira a acusação, acrescentando haver aparentemente a intenção de se achar um culpado para os fatos. Declarou que comumente saía com o Sd Pedro e se disse surpreso com o conteúdo das declarações incriminadoras ditas por esse amigo, negando, inclusive, ter-lhe feito qualquer ameaça. Também, reclamou sobre haver perdido a vaga de engajamento para o Sd Pedro, salientando que a acusação relativa ao episódio em apreço lhe desfavoreceu. Declarou que, na data dos fatos não viu o carro do Cb Peruzzo no rancho, mas soube que aquele veículo foi lavado no quartel, nada podendo afirmar sobre haver autorização do Oficial-de-Dia para isso. Destacou que no domingo seguinte aos fatos (24.6.12), por duas vezes esteve rapidamente na OM, sendo que na primeira, por volta das 22h, *"depois de uma roda de samba que tem perto do Quartel, que a permanência não chegou a 10 minutos, sendo que foi até o alojamento pegar uma roupa"*; já na segunda vez, foi às 4h e o Cb Peruzzo somente usou o banheiro da guarda enquanto ele permaneceu no carro. Comentou não ser possível, utilizando um carro, retirar do quartel quase meia tonelada de carne, conforme referiu a denúncia, sendo que cada caixa possui de 25 a 30 kg. Afirmou, ainda, que o sumiço da carne foi detectado inicialmente pelo Sd Felipe Silva, na segunda-feira

(25.6.12), contudo apenas soube daquela informação às 13h30min, por intermédio do Cap Sílvio Nunes, que o interpelou se ele sabia de algo. Comentou que o Permanência de sábado e de domingo tinha acesso à câmara fria e fez referência a boatos de sumiço de material da manutenção em anos anteriores. Por fim, destacou que o caminhão do lixo entrava e saía do quartel diariamente, por volta das 3h da madrugada, sem ser abordado.

A literalidade do interrogatório do ex-Sd Ex JESUS segue transcrito (fls. 141/143):

> *"(...) que no dia 22 de junho de 2012, estava de serviço de Cozinheiro de Dia; que o serviço iniciou às 05h da manhã; que ficou no Quartel até as 07h45min; que foi para um curso na Policlínica Militar; que retornou às 18h30min e saiu do Quartel por volta das 21h; que, ao término do serviço, comunicou ao Cabo Peruzzo que iria se arrumar para depois irem a uma partida de futebol; que o declarante, o Cabo Peruzzo e o Soldado Pedro foram jogar no Planet Ball; que o declarante foi com o Cabo Peruzzo; que não sabe dizer como o Soldado Pedro foi para o local; que sabe que ele tem uma moto; que não viu as carnes referidas na denúncia; que pode afirmar que cinco caixas de carne não dão 467kg; que cada caixa tem entre 25 a 30kg; que não é verdadeira a acusação; que querem achar um culpado; que o Soldado Pedro não ia engajar, mas foi engajado no lugar do declarante; que nunca ameaçou o Soldado Pedro; que saíam juntos, que tem fotos; que na semana passada, o Pedro esteve na casa do declarante, que inclusive, esqueceu a mochila, que lá se encontra; que ficou sabendo agora daquilo que foi dito pelo Pedro, o que ficou sabendo por intermédio da leitura feita pelo seu defensor; que conhece as duas primeiras testemunhas desde 2007, a terceira desde 2011, a quarta desde 2010 e a última desde 2009; que nada tem a declarar contra qualquer uma delas, exceto Pedro, que lhe 'caiu o queixo agora', pois semana passada ele estava comendo na casa do declarante; que foi licenciado no dia 01 de agosto desse ano; que por ele, ficaria no Quartel até o último dia e acredita que foi licenciado por causa da acusação; que soube do engajamento do Pedro, pensando ser por merecimento; que no domingo, dia 24, esteve duas vezes no Quartel na companhia do Cabo Peruzzo, a primeira por volta das 22h, depois de uma roda de samba que tem perto do Quartel, que a permanência não chegou a 10 minutos, sendo*

que foi até o alojamento pegar uma roupa; que a segunda vez foi pelas 04h, quando o Cabo Peruzzo somente usou o banheiro da Guarda e o declarante ficou no carro e recebeu a pasta do curso do Permanência; que na sexta-feira, não viu o carro do cabo Peruzzo no rancho; que soube pelo próprio Cabo que ele tinha lavado o carro; que ele conseguiu extensão; que não sabe dizer se ele tinha, ou não, autorização do Oficial de Dia; que não tem certeza, mas acha que no domingo só ele e o Cabo Peruzzo foram ao Quartel, que não havia mais ninguém junto. ***Pelo MPM, nada foi perguntado. Pela defesa, perguntado, respondeu****: que acredita que não tem como retirar de carro a quase meia tonelada de carne referida na denúncia; que para isso, precisaria de um caminhão; que nunca viu o Cabo Peruzzo retirar qualquer material do Quartel; que não é costume, mas uma vez por mês o declarante, o Cabo Peruzzo e o Soldado Pedro 'batem uma bola' no Planet Ball; que perguntou ao Soldado Pedro se ele queria ir jogar bola, mas não insistiu e nem ameaçou; que não houve qualquer ameaça por parte do declarante; que depois do futebol, o Pedro foi junto com o declarante e o Cabo Peruzzo, no carro do Cabo, a um barzinho na Rua Princesa Isabel, onde beberam; que está lembrado que o Soldado Felipe Silva viu o declarante e os demais no referido bar; que o Soldado Felipe foi quem, na segunda-feira, viu que estava faltando carne; que o Pedro foi ao bar porque quis; que ninguém obriga alguém a tomar cerveja; que o Pedro confraternizou; que por volta das 13h30min de segunda-feira (25.6), no Quartel e por intermédio do Cap Sílvio Nunes, soube que havia sumido carne do Quartel, mas não foi dito qual a quantidade; que o Capitão perguntou se o declarante sabia de alguma coisa; que sabe que o Permanência de sábado e o Permanência de domingo tinham acesso ao local, isto é, a câmara fria; que escutou boatos no Quartel sobre o sumiço de material na manutenção em anos anteriores. Perguntado se queria declarar algo mais, respondeu: que diariamente, o caminhão do lixo entrava e saía do Quartel por volta das 3h da madrugada sem ser abordado."* (grifos nossos).

Foi realizada a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, conforme segue:

- 3º Sgt **CIVALDO TELLES RODRIGUES JÚNIOR** (fls. 144/146) - Chefe de Depósitos do Rancho. Afirmou conhecer os acusados, mas não os viu retirando a carne da câmara fria. Disse não saber se a carne de que

trata o processo foi encontrada, mas ressaltou que, após 22.6.2012, não ocorreu a entrada no estoque da carne descrita na denúncia. Referiu-se a Sgt Flávia como responsável pelo controle contábil de entrada e saída de carnes do depósito da OM, enquanto que o controle físico ficava a cargo dele. Informou que a câmara fria não fica aberta nos finais de semana, sendo que a retirada da quantidade necessária para utilização no sábado, domingo e segunda-feira era feito na sexta-feira. Todavia, esclareceu que, em uma eventualidade, aos finais de semana, o permanência poderia retirar carne da câmara fria, sendo, nesse caso, feita a comunicação do fato ao Chefe do Depósito na segunda-feira seguinte. Informou que, em média, uma caixa de picanha tem de 22 a 30 kg de carne. Disse que, na manhã da segunda-feira (25.6.2012), por meio do seu auxiliar, Sd Felipe Silva, ficou sabendo que estava faltando carne e ao conferir a informação passou-a adiante ao seu chefe, Cap Sylvio Nunes. Esclareceu que a falta foi percebida pelo modo como se dava a arrumação das caixas de carne, pelo tamanho das pilhas, considerando que a câmara fria estava praticamente lotada, pois na semana anterior foram recebidos suprimentos. Noticiou que naquela sexta-feira (dia dos fatos, conforme a denúncia) não foi realizada a conferência física do estoque de carnes, a qual apenas foi realizada na semana seguinte, ocasião em que se chegou ao quantitativo faltante. Informou, ainda, que as chaves do rancho ficam com o depoente durante o expediente, porém, além dele, o Permanência também possui a chave, e que o Cap Silvio Nunes também tem as chaves. Ademais, informou que no dia 22.6.2012 o Permanência era o Cabo Peruzzo. Destacou ser impossível a retirada de carne durante o dia sem que ninguém tenha visto. Além disso, informou que o estacionamento fica a uns 350 a 400m da câmara fria. Por fim, declarou conhecer os acusados e o Sd Pedro (esse último é a testemunha que declarou ter visto os acusados retirando a carne da câmara fria), e que não tem conhecimento de nenhuma conduta que desabone os acusados e a testemunha. Ademais, não soube informar se os acusados e o soldado são amigos, tampouco se frequentam os mesmos lugares. Segue a transcrição daquela oitiva:

> *"(...) que, desde maio de 2011, trabalha no rancho como Chefe de Depósitos, o que inclui a câmara fria; que conhece os acusados desde 2008; que não viu a retirada da carne por parte de nenhum dos dois acusados; que não sabe dizer se a carne referida na denúncia foi, ou não, encontrada; que quem faz o controle contábil de entrada e saída de carnes é a Sargento Flávia; que o controle físico é feito pelo depoente; que não houve a en-*

trada da carne referida na denúncia depois do dia 22 de junho de 2012; que sábado e domingo, a câmara fria não era aberta; que o saque de carnes era feito na sexta-feira para utilização no sábado, domingo e na segunda-feira; que numa eventualidade, o Permanência poderia retirar carnes no final de semana, comunicando o fato ao depoente na segunda-feira; que há uma certa variação, mas em média, uma caixa de picanha, como exemplo, tem de 22 a 30kg de carne; que na segunda-feira, pela manhã, soube pelo seu auxiliar, que é o Soldado Felipe Silva, que estava faltando carne, o que foi percebido pela arrumação das mesmas, pelo tamanho das pilhas, sendo que havia ocorrido o provimento na semana anterior e a câmara estava praticamente lotada; que então, o depoente esteve no local e constatou a mesma coisa; que então comunicou ao seu chefe, que é Cap Sílvio Nunes. ***Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu:*** *que na sexta- feira, não foi feita conferência física do estoque de carnes; que não está bem lembrado, mas na segunda ou terça-feira seguinte ao fato, foi feita uma conferência física do estoque existente na câmara, chegando-se a uma quantidade de falta; que não lembra exatamente quanto; que a quantidade deve levar em conta a quantidade existente na câmara, o suprimento recebido e a retirada; que as chaves do rancho (da câmara fria, antecâmara, depósitos, etc.) ficam, durante o expediente, na posse do depoente; que fora dele, com o Permanência; que o Cap Sílvio Nunes também tem estas chaves; que no dia 22 de junho de 2012, o Permanência era o Cabo Peruzzo; que não sabe dizer se na madrugada do dia 23 o Cabo Peruzzo retornou ou não ao Quartel.* ***Pela defesa, perguntado, respondeu:*** *que provavelmente, a última conferência física no estoque da câmara fria, foi feita no início do mês, como de costume; que até o momento da descoberta, o depoente não tinha notado nada diferente no estoque da câmara fria; que o depoente nunca desconfiou de nada em relação aos acusados; que eles trabalhavam normalmente; que não tem conhecimento de outros fatos desabonatórios aos acusados; que pelo que conhece do local e dos procedimentos, é praticamente impossível alguém tirar esta quantidade de carne durante o dia sem que ninguém tenha visto; que o estacionamento de carros fica a uns 350 a 400m da câmara fria; que não ficou sabendo de alguém que tivesse acesso à câmara fria na sexta-feira após a ceia; que conhece o Soldado Pedro, que trabalha*

no depósito de forragem, que é fora do rancho; que não sabe dizer se o Pedro frequenta ou não os mesmos lugares que os acusados e se são ou não amigos; que na função que desempenha, o Soldado Pedro é exemplar, até onde tem conhecimento; que, como dito, não é o chefe imediato dele." (destaquei).

- 3º Sgt **ANA FLÁVIA SILVA MOREIRA** (fls. 147/148), responsável pela documentação do Setor de Aprovisionamento, incluindo o controle da câmara fria. Declarou não ter visto ninguém retirando a quantidade de carne constante na denúncia, nem conhece alguém que tenha visto. Informou, ainda, que não esteve na câmara fria no dia 22.6.2012, contudo, acrescentou que lá esteve no dia 25.6.2012, quando soube da notícia de incoerência de saldo. Além disso, afirmou que a conferência física do estoque costuma ser feita pelo Sargento Civaldo nas sextas-feiras, por volta das 11h. Porém, não soube informar se houve conferência no dia 22.6.2012. Confirmou que os Permanências possuem as chaves do local e que na data dos fatos o Cabo Peruzzo estava escalado como um deles. Acrescentou que no dia dos fatos encontrou ambos os acusados, mas que não notou nenhuma diferença no comportamento deles e, ainda, comentou não saber de qualquer irregularidade que os desabonasse. Declarou, também, que, em média, uma caixa de carnes pesa de 27 a 30 kg, não sabendo informar quantas caixas estavam faltando. Por fim, informou que o estacionamento fica a uns 300m da câmara fria. Os termos consignados na oitiva seguem registrados:

> *"(...) que desde 2006, é a responsável pela documentação do Setor de Aprovisionamento, o que inclui, em parte, o controle da câmara fria; que conhece os acusados desde quando eles ingressaram no Quartel; que não viu ninguém retirando a quantidade de carne referida na denúncia; que até onde tem conhecimento, a carne não foi encontrada; que no dia 22 de junho de 2012, a depoente não esteve na câmara fria; que lá esteve no dia 25 de junho, quando lhe trouxeram que havia incoerência de saldo.* ***Pelo Ministério Público Militar, perguntada, respondeu:*** *que geralmente, a conferência física do estoque existente na câmara fria é feita nas sextas-feiras, por volta de 11h, o que é feito pelo Sargento Civaldo, que não é atribuição da depoente; que pelo que sabe, foi visto quem eram os Permanências, sendo que um deles era o Cabo Peruzzo; que o Permanência tem as chaves do local; que no contato que teve com os acusados no dia 22, eles se apresentaram normalmente; que*

nada notou de diferente, não tendo qualquer desconfiança; que não tem conhecimento de alguém que tenha visto ***a*** *retirada da carne por parte dos acusados.* ***Pela defesa, perguntada, respondeu:*** *que não sabe dizer se no dia 22 de junho de 2012 foi feita ou não a conferência de estoque de carnes por parte do Sargento Civaldo; que não tem conhecimento de qualquer irregularidade que tenha sido praticada pelos acusados; que em média, uma caixa de carnes pesa de 27 a 30kg; que não sabe dizer quantas caixas de carne estavam faltando; que a conferência foi feita pelo peso; que acha que o estacionamento fica a uns 300m da câmara fria."* (destaques nossos).

- Sd **PEDRO GUILHERME SILVA DA SILVEIRA** (fls. 160/163). Informou que na época dos fatos trabalhava no rancho, sendo auxiliar do responsável do quarto de forragem. Disse conhecer os acusados desde dezembro de 2011, período que começou a trabalhar no rancho. Declarou que no dia 22.6.2013, após o jantar, notou que os acusados estavam tirando carne da câmara fria do Quartel e colocando-a no carro do Cb Peruzzo, um Gol branco. Afirmou ter visto 3 caixas no porta-malas e mais duas sendo colocadas pelo Sd Jesus atrás de cada banco dianteiro, sendo que as embalagens eram as mesmas em que a carne era acondicionada na câmara fria. Destacou que naquele local, na ocasião, não havia mais ninguém que pudesse ter presenciado os fatos. Prosseguindo, esclareceu que, ao ser notado, o Cb Peruzzo chamou-o e, a seguir, o ameaçou afirmando que ele só tinha a perder, uma vez ser conhecido o local em que sua família residia. Acrescentou que lhe foi pedido silêncio sobre o que houvera visto, e também alertando que se alguma coisa fosse noticiada ele deveria considerar que seria desacreditado em razão da antiguidade daquele cabo. Ainda, destacou que se sentiu ameaçado apenas pelo cabo. Explicou que foi até o Planet Ball, em face da intimidação perpetrada pelo Cb Peruzzo e de lá acompanhou os acusados e o Cb Diogo até um bar de sinuca; lá chegando foi informado que uma pessoa estava o esperando para dizer o que depoente deveria ou não falar se fosse ouvido. Acrescentou que não conhecia essa pessoa, mas que não tinha características de ser militar, e que ela o alertou sobre não saber com quem estava lidando e que só teria a perder. Ainda, disse que, na segunda-feira seguinte (25.6.2012), apesar de não ter participado da formatura, soube por seus colegas que o Cap Sylvio Nunes comentou o problema ocorrido com a carne. Na sequência, afirmou ter procurado o Sgt Bittencourt e lhe dito

que poderia ajudar no esclarecimento do ocorrido, vindo, posteriormente, a relatar os fatos ao Cap Sílvio Nunes, apesar de temeroso em razão das ameaças recebidas do cabo envolvido. Declarou, também, que ulteriormente o depoente recebeu um recado, para que ele e o Cb Lima Gonçalves tomassem cuidado, pois o Cb Peruzzo e o Sd Jesus poderiam querer fazer alguma coisa contra eles. Negou haver participado de confraternização com o Cb Peruzzo e acrescentou que uma única vez jogou futebol com os acusados, ocasião em que todos do pelotão estavam presentes. Além disso, disse que não bebeu com os acusados no bar de sinuca e que, apesar de se reconhecer na foto apresentada pela Defesa dos acusados, fez referência que ela fora tirada um dia antes dos fatos em análise. No testemunho, em espécie, foram declarados os seguintes termos:

> *"(...) que à época dos fatos, trabalhava no rancho, sendo auxiliar do responsável do quarto de forragem; que conhece os acusados desde quando foi trabalhar no rancho, o que ocorreu em dezembro de 2011, janeiro de 2012; que viu os acusados retirando carne da câmara fria do Quartel no dia 22 de junho deste ano, o que ocorreu por parte de ambos, logo após o término da janta, por volta das 19h; que à época, era laranjeira, isto é, morava no Quartel, e tinha se atrasado para a janta; que foi procurar algo para comer, pretendendo entrar pela porta dos fundos do rancho; que não chegou a entrar; que então, viu os acusados embarcando carne no veículo do Cabo Peruzzo, que é um Gol branco; que então foi chamado pelo Cabo Peruzzo, que disse ao depoente que ele (depoente) não tinha visto nada e que o depoente era um Soldado EV e que não iriam acreditar nele em razão do Cabo Peruzzo ser militar antigo, disse também que o depoente só tinha a perder; que o Cabo também disse que o depoente deveria levar em consideração que ele sabia onde o depoente e sua família moravam, lembrando de uma carona que lhe foi dada ao término da Semana do Pólo Internacional; que esteve no Planet Ball porque se sentiu intimidado pelo Cabo Peruzzo; que somente ele o intimidou; que depois de ter participado de uma formatura na segunda-feira seguinte, onde foi comentado pelo Cap Sílvio Nunes sobre o problema ocorrido com a carne, procurou o Sargento Bittencourt, dizendo a ele que tinha algo que poderia ajudar a esclarecer o ocorrido; que durante a formatura, não se pronunciou; que depois foi chamado pelo*

Cap Sílvio Nunes; que depois do Planet Ball, esteve em um bar de sinuca, que fica próximo da casa noturna Stuttgart; que foi acompanhando o Cabo Peruzzo, que disse ao depoente que uma pessoa estaria esperando naquele local para dizer o que o depoente deveria ou não falar se fosse ouvido; que a tal pessoa disse ao depoente que ele só tinha a perder e que não sabia com quem estava lidando; que não conhecia essa pessoa; que não sabe o nome dela; que acredita que não seja militar porque tinha o cabelo comprido; que os acusados nada disseram sobre o que pretendiam fazer com a carne; que nada ofereceram ao depoente. ***Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu:*** *que na ocasião, somente havia o Gol branco no local; que não havia outro veículo; que a carne estava na própria caixa em que são guardadas na câmara fria; que no porta-malas, viu três caixas e viu o Soldado Jesus colocar duas caixas, uma atrás de cada banco dianteiro; que não viu as caixas que foram colocadas no interior do carro; que viu as caixas que estavam no porta-malas; que só falou o que sabia na segunda-feira porque ficou com medo de sofrer alguma represália, assim como contra a sua família; que quando conversou com o Cap Sílvio Nunes, não havia mais ninguém na sala; que não sofreu qualquer tipo de ameaça por parte do Soldado Jesus; que se sentiu ameaçado pelo Cabo Peruzzo; que inclusive, ele não estava presente na formatura de segunda-feira porque estava fazendo um curso, mas havia colegas dele em forma; que então, como dito, preferiu conversar na presença apenas do Cap Sílvio Nunes.* ***Pela defesa, perguntado, respondeu:*** *que não havia mais ninguém no local que pudesse ter visto a colocação das carnes, conforme declarou; que não sabe dizer quantos quilos tem, em média, uma caixa de carne; que não tem ideia de quanto seria o 'peso' das caixas de carne referidas anteriormente; que não pensou em chamar alguém para constatar o que estava ocorrendo, mas que poderia ter feito isso; que por ser a única pessoa a ter visto o ocorrido, ficou com medo que poderia ser associado ao que tinha acontecido; que continuou com medo até que na segunda-feira, veio a conversar com o Cap Sílvio Nunes a sós e não no momento da formatura; que não se sentiu ameaçado diretamente depois de ter falado com o Cap Sílvio Nunes; que não sofreu qualquer tipo de agressão; que recebeu um recado por parte do*

Soldado Bento, no sentido de que o Soldado Mota havia dito que era para o depoente e o Cabo Lima Gonçalves se cuidarem porque o Cabo Peruzzo e o Soldado Jesus poderiam querer fazer alguma coisa com eles; que nenhum objeto foi retirado do depoente pela força; que as ameaças foram verbais; que jogou futebol com os acusados uma única vez quando todo o Pelotão também jogou porque ocorreu uma despedida do tenente Liechoscki; que não jogou futebol no Planet Ball no dia 22 de junho; que no bar sinuca não bebeu com os acusados e não se recorda de ter tirado foto com eles; que a foto que lhe foi apresentada, que está arquivada no celular apresentado pelo acusado Jesus (que a defesa pretende que seja juntada oportunamente) foi tirada em dia anterior ao ocorrido e que o depoente se reconhece nela; que o depoente do Quartel foi para o Planet Ball a pé com o Cabo Diogo e depois foi para o bar sinuca com os acusados e o Cabo Diogo no carro do Cabo Peruzzo; que não esteve em nenhum outro lugar; que não tinha mais nada de carne no carro quando embarcou para o bar sinuca; que antes do ocorrido, por algumas vezes confraternizou com o Soldado Jesus; que já esteve na casa dele; que não participou de confraternização com o Cabo Peruzzo; que depois do fato, não mais confraternizou nem esteve na casa do Soldado Jesus; que em função do curso que o Soldado Jesus foi fazer, o depoente emprestou a ele alguns artigos de uniforme, como, por exemplo, japona, par de esporas e um suéter verde-oliva; que ainda não recebeu esse material de volta; que o depoente esqueceu documentos como por exemplo, carteira de trabalho, título de eleitor, cartão do banco e crachá de identificação, que estavam na mochila que foi emprestada para o Soldado Jesus; que os referidos documentos estão sendo devolvidos pelo acusado ao depoente; que os documentos não foram usados para fins de ameaça por parte do Soldado Jesus; que o curso a ser realizado pelo Soldado Jesus era o de cozinheiro; que não se recorda de quando foi feito; que não votou nas últimas eleições, embora tenha ido até o local onde costumava votar, sendo informado de que seu título estava inválido; que o depoente é Soldado engajado, o que ocorreu depois do fato da denúncia; que não viu qualquer conduta por parte dos acusados semelhante aos fatos da denúncia, nem qualquer outro fato que os desabone." (grifos nossos).

- Cb **TAIO LIMA GONÇALVES** (fls. 164/166), sobre suas funções disse ser cozinheiro do rancho desde maio de 2011. A seguir, informou que não viu ninguém retirando carne da câmara fria no dia 22.6.2012, sendo que naquela data cumprira apenas o expediente, pois não estava de serviço. Afirmou não ter recebido qualquer ameaça dos acusados. Trouxe a lume que o Sd Bento lhe passou o recado do Sd Mota sobre um alerta para ele e para o Sd Pedro tomarem cuidado, pois, em razão dos depoimentos incriminatórios prestados, os acusados estavam pretendendo fazer algo contra eles. Esclareceu que tomou conhecimento do sumiço da carne na 2ª feira seguinte aos fatos, complementando que, por meio do Sd Felipe, ficou sabendo que o cadeado da câmara fria estava trocado com o cadeado do depósito de gêneros secos. Fez referência, após o Cap Sílvio ter assumido o rancho, a haver sido implementada, pelo Sgt Civaldo, uma rotina mensal de conferência da carne, retirando-a da câmara fria. Na sequência, reafirmou o que fora dito em sindicância, quando declarou que o Sd Matheus havia lhe dito que os acusados iriam conseguir carne para a comemoração do aniversário dele, e que em contrapartida o Sd Matheus daria drogas aos acusados. Disse, ainda, que, em outra ocasião, o Sd Matheus lhe confidenciara que tinha feito o seu aniversário e que os acusados teriam conseguido três caixas de carne do rancho para aquela comemoração, nada lhe sendo dito sobre a forma como se deu a retribuição (pagamento ou drogas). Complementou afirmando que cada caixa de frango pesa 18 Kg e que a caixa de picanha varia de 23 a 25 Kg. Sobre a rotina do rancho, esclareceu que o movimento no jantar abrange cerca de 150 militares, sendo bem menor do que ocorre nas demais refeições, e que após o jantar, que se encerra às 19h, só permanece no recinto a guarnição de serviço, que é composta de 4 militares, os quais iniciam os preparativos para a ceia às 20h30min. Também, disse nunca ter visto churrasco de aniversário dentro ou fora do quartel com utilização de carne do rancho. Comentou, ainda, que durante o curso de formação de cabos houve um churrasco de confraternização em um parque de Viamão, contudo, a carne foi adquirida mediante a contribuição de cada participante no evento. Por fim, declarou não haver visto atos dos acusados que os desabonassem. A seguir, é registrada a literalidade da oitiva:

> *"(...) que é cozinheiro no rancho desde maio de 2011; que conhece as acusados de vista, desde 2010 e que depois, passou a trabalhar com eles; que não viu ninguém retirar carne da câmara fria no dia 22 de junho de 2012; que não recebeu nenhum tipo de ameaça por parte dos acusados; que o Soldado*

Mota ligou para o Soldado Bento, que disse ao depoente que era para ele e o Pedro se cuidarem porque os acusados estavam pretendendo fazer algo contra eles porque tinham prestado depoimento como testemunhas contra eles; que ficou sabendo do sumiço de carne no regimento na segunda-feira seguinte; que o Soldado Felipe Silva disse ao depoente que os cadeados na câmara fria estavam trocados, isto é, que o cadeado da câmara fria estava no depósito de gêneros secos e o do depósito estava na câmara fria; que ele iria conferir a mesma para ver se havia alguma quebra; que depois disso, o Soldado Felipe Silva disse ao depoente que havia uma quebra grande de carne; que falou na sindicância que o Soldado Mateus disse que o Cabo Peruzzo e o Soldado Jesus iriam conseguir carne para ele poder comemorar o aniversário; que o Soldado Mateus também perguntou isto ao depoente, que respondeu a ele que teria que se falar com o Cap Sílvio Nunes, porque poderia ser possível se a confraternização fosse no Quartel, mas o Soldado Mateus disse que a confraternização seria na casa dele e então o depoente disse que, sendo assim, não tinha como; que o Soldado Mateus disse que daria uma droga aos acusados em troca da carne; que até onde tem conhecimento, depois que o Cap Sílvio Nunes assumiu o rancho, o Sargento Civaldo faz uma conferência retirando toda a carne da câmara, o que é feito uma vez por mês. Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu: que na sexta-feira, dia 22 de junho, cumpriu seu expediente normal; que não estava de serviço; que os acusados assumiram o serviço depois do expediente; que eles estavam fazendo um curso; que não viu o carro do Cabo Peruzzo naquele dia; que o Pedro nada comentou com o depoente sobre ameaças por parte dos acusados. Pela defesa, perguntado, respondeu: que sabe que uma caixa de carne de frango, por exemplo, pesa 18Kg e de picanha, na média de 23 a 25 Kg; que o movimento de militares no rancho por ocasião do jantar é da ordem de 150 militares e é bem menos do que nas demais refeições; que depois das 19h, quando encerra o jantar, só fica a guarnição de serviço no rancho, que se compõe de quatro militares; que acredita que depende disto para se poder ou não retirar uma quantidade de carne da ordem de 400Kg; que a partir das 20h30min, começa o movimento para a ceia; que só houve o comentário do Soldado Mateus sobre a troca de

carne por droga; que não viu o Soldado Mateus conversando com os acusados sobre isso; que nunca viu o Soldado Mateus fornecendo droga dentro do Quartel; que o Soldado Mateus, quando tratou disso com o depoente, falou normal; que não estava brincando, mas que não pode interpretar se era ou não verdade a tal troca; que o Soldado Mateus disse ao depoente que houve o churrasco pelo aniversário dele, mas que não foi dentro do Quartel; que como houve o sumiço de bastante carne, perguntou ao Soldado Mateus como ele havia conseguido carne para o churrasco; que então o Soldado Mateus disse ao depoente que os acusados conseguiram três caixas de carne do rancho para o churrasco de aniversário; que o Mateus não disse o que deu em troca e nem se pagou pelas carnes; que o seu relacionamento com o Mateus é o normal de Quartel, que fizeram o CFC (Curso de Formação de Cabos) juntos; que nunca viu churrasco de aniversário dentro ou fora do Quartel com carne do rancho; que durante o CFC (Curso de Formação de Cabos), houve um churrasco de confraternização em um parque em Viamão, sendo que a carne foi adquirida pelos participantes; que quem ficou encarregado da obtenção da carne foi o aluno Assis; que o depoente não lembra de terem apresentado a nota da compra da carne; que deu dinheiro referente à sua participação ao aluno Assis para a compra; que não viu atos que desabonem os acusados." (grifei).

- ex-Sd **MATHEUS DE OLIVEIRA SILVA** (fls. 167/168). Declarou que à época dos fatos era telefonista na OM e que naquela referida data estava de serviço naquela função, complementando que nunca trabalhara no rancho. Comentou sobre conhecer os acusados desde 2009. Afirmou não ter visto ninguém retirando a carne da câmara fria no dia 22.6.2012. Afirmou, ainda, que, diferentemente do que fora dito pela testemunha Cb Taio Lima Gonçalves (às fls. 164/166), ele houvera comemorado o seu aniversário, no dia 23.6.2012, em uma boate na Av. Bento Gonçalves, não tendo feito nenhum churrasco referente àquela comemoração. Além disso, informou não ter problemas com drogas, e que nunca doou ou vendeu entorpecente dentro do Quartel. Ademais, enfatizou que nunca pediu carne a nenhum militar do quartel para a realização de churrasco. Disse não saber o motivo pelo qual o Cb Taio Lima Gonçalves, na qualidade de testemunha, ter prestado aquelas informações concernentes a que ele teria pedido carne aos acusados. Esclareceu já haver saído uma

ou duas vezes com os acusados para beberem, mas que nunca participou de churrasco com eles. Comentou ter ouvido falar sobre a realização de churrasco de confraternização fora do quartel com utilização de carne do rancho, mas que nunca ouviu dizer sobre churrasco organizado pelos acusados fora do quartel com uso de carne do rancho. Acrescentou nunca haver recebido ameaça dos acusados e não saber de fatos que os desabonassem. O teor do testemunho segue consignado:

> *"(...) que à época dos fatos da denúncia, era telefonista; que nunca trabalhou no rancho; que conhece os acusados desde 2009, quando ingressou no regimento; que não viu ninguém retirando carne da câmara fria no dia 22 de junho de 2012; que na ocasião, estava de serviço de telefonista; que o depoente comemorou seu aniversário neste ano em uma boate na Av. Bento Gonçalves; que a sua ex-namorada estava presente; que não fez nenhum churrasco pelo aniversário; que não tem qualquer tipo de problemas com drogas; que nunca pediu carne do rancho a nenhum militar do Quartel para fazer churrasco. Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu: que a amizade que tem com os acusados é a mesma que tem com outros militares do Quartel; que não sabe dizer o motivo pelo qual uma testemunha disse que o depoente teria dito a ela que tinha conseguido três caixas de carne do Quartel por parte dos acusados; que a ex-namorada do depoente tem fotos da comemoração do seu aniversário neste ano; que tem como conseguir as mesmas; que não havia nenhum militar na comemoração do seu aniversário neste ano; que a comemoração ocorreu no dia 23 de junho, que é o dia de seu aniversário. Pela defesa, perguntado, respondeu: que já saiu uma ou duas vezes com os acusados para beberem; que nunca participaram de churrasco juntos; que conhece a testemunha Taio Lima Gonçalves; que tem com ela a mesma relação de amizade que tem com os acusados; que não tem intimidade com a testemunha Lima Gonçalves; que não tem conhecimento de que o Cabo Lima Gonçalves tenha algo contra o depoente; que confirma que nunca doou nem vendeu droga dentro do Quartel; que já ouviu falar de churrasco fora do Quartel com carne fornecida pelo rancho, tipo confraternização; que falam muita coisa no Quartel, mas não sabe de nenhum caso concreto; que nunca ouviu falar de churrasco organizado pelos acusados fora do Quartel com a carne do rancho; que nunca recebeu ameaças por parte dos acusados; que no Curso de For-*

mação de Cabos que fez, teve um churrasco de confraternização, mas não participou dele; que não sabe quem organizou e nem de onde veio a carne para o churrasco; que não presenciou nenhuma irregularidade por parte dos acusados, nem sabe de fatos que os desabonem." (destaquei).

- Sd **RAFAEL BENTO DE SOUZA** (fls. 200/201), exercia as funções de cassineiro no rancho. Afirmou que não estava de serviço na ocasião dos fatos, uma vez que era dia de ser cumprido meio expediente, e, por isso, não viu ninguém retirando a carne da câmara fria. Informou, ainda, que até onde sabia só o Cap Sílvio Nunes tinha a chave da câmara fria e quando surgia a necessidade de carne era o capitão quem abria a câmara e o sargento fazia a retirada e as anotações. Quanto à carne necessária para o final de semana, disse que ela era separada na manhã da sexta-feira pelo Cap Sílvio Nunes, o Sgt Civaldo e o Sd Felipe Silva, deixando-a armazenada em outro local, onde apenas o Permanência tinha acesso e fazia as retiradas necessárias. Declarou que após algum tempo do sumiço da carne recebeu um telefonema do ex-Sd Mota (Felipe Dias Mota), em que este perguntava pelo Cb Lima Gonçalves e pelo Sd Pedro, e disse a ele o seguinte: *"fala para eles se cuidarem, vai ver que os guris estejam brabos com eles"*. Esclareceu que, quando recebeu o recado, entendeu que o ex-Sd Mota se referia aos acusados. Após passar o recado ao Cb Lima e ao Sd Pedro, o Cb Lima disse para o depoente falar para o Cap Sylvio Nunes e que, após contar o acontecido ao capitão, todos eles (Cap Sylvio Nunes, Cb Lima, Sd Pedro e ele próprio) foram à delegacia para relatar aquilo que fora dito por intermédio do "recado" do ex-Sd Mota. Entretanto, ponderou que entendia não haver nenhuma ameaça específica por parte dos acusados no telefonema que recebeu do ex-Sd Mota, tendo em vista que a partir da convivência que teve com os acusados depreendeu que eles não se mostravam pessoas violentas ou capazes de fazer coisas más. Afirmou, ainda, não ter conhecimento de outro sumiço de carne no quartel. A transcrição da oitiva vem a seguir:

"(...) que conhece os acusados desde meados de 2011, quando o depoente ingressou no Quartel; que é cassineiro no Rancho desde quando entrou no Quartel; que não viu ninguém retirar carne da câmara fria no dia dos fatos; que era meio expediente; que só fica o cassineiro de serviço nestes casos; que na ocasião, o depoente não estava de serviço; que até onde tem conhecimento, só o Capitão Sílvio Nunes tinha a chave da câmara fria; que, inclusive, quando havia necessidade de carne, o

Capitão abria a câmara e com o Sargento fazia a retirada e as anotações; que para a carne que seria consumida no final de semana, na sexta-feira pela manhã, o Capitão Sílvio Nunes, o Sargento Civaldo e o Soldado Felipe Silva separavam a quantidade necessária, deixando a carne do lado de fora, isto é, na segunda porta, à qual o Permanência tinha acesso e fazia as retiradas necessárias. ***Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu:*** *que tempos depois do sumiço da carne, recebeu um telefonema do ex-Soldado Mota; que ele perguntou ao depoente como estavam as coisas; que acredita ser em relação ao sumiço das carnes; que o Mota tinha ido embora do Quartel e disse se sentir injustiçado; que o Mota perguntou pelo Lima Gonçalves e pelo Pedro e disse para o depoente o seguinte: 'fala para eles se cuidarem, vai ver que os guris estejam brabos com eles'; que todos os citados trabalhavam juntos no Rancho; que os guris, no caso, entendeu como sendo os acusados; que o depoente deu o 'recado' ao Lima e ao Pedro; que o Lima disse então para o depoente falar para o Capitão Sílvio Nunes; que no entender do depoente, eles estavam com medo; que o depoente falou com o Cap Sílvio Nunes, que o encaminhou para o Cap Trindade; que o Cap Sílvio Nunes mandou que o depoente se fardasse e na parte da tarde, o Capitão, o depoente e o Lima e o Pedro foram até a Delegacia; que o Capitão pediu para o depoente dizer na polícia o que havia dito (fls. 91/2) para o Capitão no Quartel*. ***Pela defesa, perguntado, respondeu:*** *que não sabe informar a quantidade de carne que é separada para o final de semana; que o depoente não mexe com isso, apenas serve; que acredita que de 70 a 75 pessoas são alimentadas por dia no final de semana no Quartel; que não houve nenhuma ameaça específica por parte dos acusados no telefonema que recebeu do Mota; que o depoente chegou a dizer para o Lima que ele 'estava com medinho' e ele respondia que não tinha medo; que conviveu com os acusados por um ano e eles nunca se mostraram pessoas violentas ou capazes de fazer coisas más; que não tem conhecimento de outro sumiço de carnes, nem de objetos; que não é parente do ex-Soldado Mota, que é amigo dele assim como dos demais; que pensou em convidar o Soldado Mota para ser seu padrinho de casamento, mas ainda não convidou; que o casamento sairá."* (destaques nossos).

- Cap **SYLVIO RODRIGUES NUNES NETO** (fls. 217/218). Confirmou o teor do depoimento prestado na sindicância e declarou que à época dos fatos era o responsável pelo rancho e que na sexta-feira (data dos fatos - dia 22.6.12) fez a conferência da quantidade de carne da câmara fria, sendo que, ao fazer uma nova checagem na segunda-feira seguinte, o depoente notou uma grande diferença de carnes, perfazendo um total de mais de 400Kg. Informou, ainda, não saber quem foi o autor do furto, no entanto, comentou que os acusados estavam sendo investigados, pois o Comandante da Guarda havia entregado a chave da câmara para o acusado PERUZZO, na madrugada daquele final de semana (concilia com os depoimentos em Sindicância do Cb Marcelo Likes Prado, fls. 25/26, e do 3º Sgt Jaime Batista Machado, fls. 27/28). Quanto ao acusado JESUS, declarou que as suspeitas caíram sobre ele devido ao fato de ter sido visto entrando com o PERUZZO no Regimento, na dita madrugada, por duas vezes. Relatou que o Cb Taio havia comentado com ele sobre o pedido de carne feito pelo Sd Matheus para a comemoração de aniversário. Informou que, além do acusado PERUZZO, o Sgt Ismael, responsável pelo rancho na sexta-feira, e o Sgt Civaldo, que estava de serviço no domingo, também poderiam ter tido acesso à câmara fria naquele final de semana. Desse modo, complementou que na segunda-feira o depoente chamou os 3 militares mencionados acima e os questionou se ele tinham alguma coisa para relatar sobre o sumiço da carne. O Sgt Ismael informou que retirou determinada quantidade de carne que já estava separada para a operação São José. Já o Cabo PERUZZO informou que não mexeu na câmara fria, pois a carne do sábado já tinha sido sacada no dia anterior. O Sgt Civaldo declarou que abriu a câmara no domingo para retirar a carne para domingo e segunda-feira. Ainda, disse que uma caixa de carne pesa de 20 a 30 Kg e seu transporte para fora do quartel poderia ter ocorrido dentro de um veículo, sendo que os carros são revistados na saída, por amostragem. Por fim, declarou não ter conhecimento de fatos que desabonassem os réus e que, enquanto foi responsável pelo rancho, o episódio em apuração foi uma situação inédita. Vem, a seguir, a literalidade das declarações dessa testemunha:

> *"(...) confirmo os depoimentos que prestei anteriormente, na sindicância; na época, eu era responsável pelo rancho e na sexta-feira, nós conferimos a quantidade de carne que estava armazenada na câmara fria e quando foi feita a conferência na segunda-feira, havia uma diferença grande, mais de 400kg; não sei quem foi o autor da subtração ou do furto; sei que eles estão*

sendo acusados porque na madrugada de domingo para segunda-feira, o Comandante da Guarda, que ficava com a chave da câmara fria, entregou essa chave para o Peruzzo; o Jesus é suspeito porque foi visto nessa madrugada entrando no Regimento, juntamente com o Peruzzo, por duas vezes, conforme relato do Cabo Prado, que no dia, era o Cabo da Guarda; a carne estava armazenada no local a ela destinado, na câmara fria. Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu: a testemunha Taio comentou que o Soldado Mateus havia procurado ele pedindo carne para o aniversário dele; isso ocorreu depois da segunda-feira, após a conferência que nós fizemos na câmara. Pela defesa, perguntado, respondeu: entre a sexta-feira e a segunda-feira, período em que ocorreu o sumiço da carne, além do Peruzzo, eu tenho conhecimento de que tiveram acesso à câmara fria o Sargento Ismael, que era o responsável pelo rancho na sexta-feira, e o Sargento Civaldo, que estava de serviço no domingo; na segunda-feira, eu chamei os três para saber se tinham alguma coisa para relatar sobre o sumiço e Ismael me disse que havia retirado determinada quantidade de carne, que já estava previamente separada para a operação São José; o Cabo Peruzzo disse que não havia mexido na câmara fria nesse dia, porque a carne do sábado já tinha sido sacada no dia anterior; o Civaldo disse que abriu a câmara fria no domingo para sacar o gênero do domingo e da segunda-feira; cada caixa de carne pesa aproximadamente 20Kg ou 30Kg; o transporte dessa carne para fora do Quartel, em hipótese, poderia ser feito dentro de um carro; os carros são revistados na saída por amostragem; não sei de nenhum fato que desabone a conduta dos réus; enquanto eu estive como responsável pelo rancho, nunca vi ocorrer fato similar a esse da denúncia." (destaquei).

À fl. 169, a Defesa requereu que fosse feita a acareação entre as testemunhas Matheus de Oliveira Silva e o Cb Taio Lima Gonçalves, por considerar que houve contradições entre as declarações de ambos. Na audiência designada para acareação das testemunhas acima mencionadas (Termo de Acareação às fls. 215/216), ambas confirmaram as declarações prestadas anteriormente, não se alterando o que já havia sido dito na ocasião da colheita dos depoimentos das testemunhas ex-Sd Matheus (fls. 167/168) e Cb Lima Gonçalves (fls. 164/166). Ficou consignado naquele ato de acareação:

*"PRIMEIRO ACAREADO, **TAIO LIMA GONÇALVES,** aos costumes, nada disse, pelo que prestou o compromisso legal. Perguntado sobre a divergência entre as suas declarações de fls. 164/166, onde disse 1º) que falou na sindicância que o Soldado Mateus disse que o Cabo Peruzzo e o Soldado Jesus iriam conseguir carne para ele poder comemorar o aniversário; 2º) que o Soldado Mateus disse que daria uma droga aos acusados em troca da carne; 3º) que o Soldado Mateus disse ao depoente que houve o churrasco pelo aniversário dele, mas que não foi dentro do Quartel; que como houve o sumiço de bastante carne, perguntou ao Soldado Mateus como ele havia conseguido carne para o churrasco; que então o Soldado Mateus disse ao depoente que os acusados conseguiram três caixas de carne do rancho para o churrasco de aniversário; e as declarações do segundo acareado, o qual afirmou às fls. 167/168 'que nunca pediu carne do rancho a nenhum militar do Quartel para fazer churrasco; que confirma que nunca doou nem vendeu droga dentro do Quartel', respondeu: confirmo as declarações prestadas em depoimento na qualidade de testemunha, não tenho nenhuma alteração a fazer. **Perguntado pela defesa se não poderia ser uma espécie de brincadeira o que Mateus disse a ele a respeito da carne, respondeu:** talvez sim, talvez não, não pode responder com certeza; nunca vi o acareado Mateus furtando carne ou lidando com drogas no Quartel; não procurei os acusados para esclarecer fatos relacionados à conduta do Mateus, a respeito do furto de carne, apenas relatei aos meus superiores, naquele mesmo dia; nossa amizade era normal de Quartel; não era comum o acareado fazer declarações como a de utilizar drogas ou levar carne do Quartel. Pelo Ministério Público Militar, nada foi perguntado. SEGUNDO ACAREADO, **MATHEUS DE OLIVEIRA SILVA,** aos costumes, nada disse, pelo que prestou o compromisso legal. Perguntado sobre a divergência entre as suas declarações de fls. 167/168 e as declarações do PRIMEIRO ACAREADO, retrotranscritas e ora relidas, respondeu: confirmo as declarações prestadas em depoimento na qualidade de testemunha, não tenho nenhuma alteração a fazer. Pela defesa, perguntado, respondeu: eu tinha uma amizade normal com o acareado e não fazia declarações íntimas para ele; nós nunca tivemos problemas no Quartel; não tenho ideia de por que ele fez essas declarações a meu respeito. Pelo Ministério Público Militar, perguntado, res-*

pondeu: a amizade que eu tinha com os acusados, na época dos fatos, era normal." (sublinhei).

A Defesa arrolou como testemunha o ex-Sd **FELIPE DIAS MOTA** (fl. 223), que trabalhou junto com os acusados na função de cassineiro. Em síntese (às fls. 232/234), declarou que não estava de serviço na data dos fatos, mas que naquela ocasião esteve no quartel entre 19h30min e 20h30min para receber uma quantia que o Sd JESUS lhe devia (R$ 50,00), tendo conversado na ocasião com os acusados e com o Sd Pedro. Disse que foi o próprio Sd JESUS quem lhe pediu para buscar o dinheiro, tendo estacionado seu carro ao lado do que pertencia ao Cb PERUZZO. Disse que naquela data o Sd JESUS era o cozinheiro, o Cb PERUZZO o permanência do rancho e o Sd Carpes o cassineiro. Declarou que existe uma distância de aproximadamente 500 metros da câmara fria ao estacionamento e que entre os dois pontos existem dois postos de vigilância, guarnecidos por sentinela, e que para poder sair do rancho é necessário passar pelo Posto da Guarda Velha. Ressaltou que entendia como procedimento correto apenas o Sgt Civaldo ter acesso à câmara, mas ponderou que no dia dos fatos quatro militares tiveram acesso, entre eles o Cb PERUZZO. Reafirmou que, naquela oportunidade, chegou ao quartel após o jantar, momento em que o pessoal já estava preparando a ceia para ser servida, mas que não viu ninguém retirando carne da câmara fria. Confirmou ser usual as partidas de futebol entre os militares no Planet Ball aos finais de semana, e que os acusados sempre participavam, sendo que não era costume fazer churrasco após o jogo. Procurou desqualificar o Sd Pedro, comentando que ele aparentava ser "meio loucão", porquanto disse saber que era usuário de entorpecentes, e que também ele chegava atrasado ao serviço e que lhe cabia a responsabilidade da faxina no rancho. Comentou que soube do sumiço da carne apenas na segunda-feira, quando o Cap Sílvio Nunes noticiou o fato e que os acusados, em conversa com ele, negaram qualquer participação no evento. Acrescentou que cada caixa de carne pesava de 22 a 30 Kg e que costumava ajudar na retirada delas da câmara fria. Esclareceu que a quinta-feira que antecedeu os fatos foi feriado, havendo quem emendasse a sexta-feira, dimensionado tratar-se, junto com o final de semana, de quatro dias sem expediente no quartel. Sobre a rotina do acesso às chaves do rancho disse que, às 5h, o permanência pega as chaves devolvendo-as ao Comandante da Guarda às 22h30min e assim sucessivamente procedem os permanências dos dias seguintes, quando se tratar de feriado e final de semana. Já para os dias de expediente, comentou que as chaves ficam com o capitão e com o Sgt

Civaldo. Declarou que não soube de qualquer comentário sobre arrumar carne para fazer churrasco para alguém. Por fim, expressou boas referências sobre os acusados, afirmando que o Sd JESUS era considerado o melhor cassineiro e que o Cb PERUZZO era muito bem visto por todos, e que era ele quem organizava as festas no quartel, inclusive alugando material de copa e, por isso, desconhecia fatos que os desabonassem. Segue a íntegra das declarações prestadas pela testemunha:

> *"(...) que serviu no 3º RCG de 2005 a 2012 e lá conheceu os acusados; que era cassineiro, trabalhando junto aos acusados; que no período de 19:30 às 20:30 da noite, na data dos fatos, esteve no rancho e conversou com os acusados e o com o Soldado Pedro; que o depoente não estava de serviço; que também não viu ninguém retirar caixas de carne do Quartel; que estacionou o seu carro por volta das 19:30 ao lado do carro do Cabo Peruzzo; que o Jesus estava sem carro, pois este estava estragado; que foi ao Quartel receber R$ 50,00 que havia emprestado para o Jesus; que foi o Jesus que telefonou perguntando se o depoente poderia ir ao Quartel receber o valor; que todos os finais de semana os guris iam jogar bola no Planet Bali; que Jesus disse que jogaria no final de semana; que o depoente já participou destes jogos; que não era costume se fazer churrasco depois dos jogos, pelo menos até onde era de seu conhecimento; que cada um paga uma taxa para jogar na quadra; que o Soldado Pedro, que é EV, não participada destes jogos, pelo menos com o depoente; que o Soldado Pedro era considerado 'meio loucão' e que havia boatos que ele era usuário de 'maconha' e cocaína, o que foi dito, várias vezes, pelo próprio Pedro ao depoente; que o depoente não levou o fato aos seus superiores; que o Soldado Pedro costumava chegar atrasado ao serviço, e que ele fazia faxina no Rancho; que ficou sabendo do sumiço da carne na segunda-feira seguinte, pelo intermédio do Capitão Sylvio Nunes; que acha que não foi engajado no 8º ano porque todos os antigos foram embora em decorrência do fato; que chegou a conversar com os acusados sobre o ocorrido e que eles negaram qualquer participação e não disseram quem poderia ter feito a retirada.* ***Pela defesa, perguntado, respondeu:*** *que o Soldado Pedro engajou, após a saída dos antigos; que o Soldado Pedro engajou porque abriu vaga; que havia dois Cabos, que foram li-*

cenciados, sendo um deles o Cabo Peruzzo; que o Soldado Lima preencheu uma vaga de Cabo; que o depoente já estava com tudo certo para o reengajamento (8º ano), e por causa do ocorrido terminou sendo licenciado; que a caixa de carne pesava entre 22kg e 30kg; que costumava ajudar na retirada das mesmas da câmara fria; que a distância entre o local onde estava o carro do Cabo Peruzzo (estacionamento) e a câmara fria era de aproximadamente 500 metros; que entre o estacionamento e a câmara fria existem dois postos, com um guarda em cada um deles; que é o Posto da Alameda e o Posto da Guarda Velha; que para sair do Rancho ele deveria passar, necessariamente, pelo Posto da Guarda Velha; que o correto seria apenas o Sargento Civaldo ter acesso à câmara, pois ele era o responsável pela mesma; que na realidade quatro pessoas tiveram acesso à câmara, que foram os permanências, entre eles o Cabo Peruzzo; que na quinta-feira foi feriado, que emendou na sexta-feira, vindo o sábado e o domingo; que foram quatro dias sem expediente; que por volta das 5:00 da manhã o permanência pega as chaves do Rancho e as entrega por volta das 22:30 ao Comandante da Guarda, e assim sucessivamente; que isto ocorre nos feriados e nos sábados e domingos; que durante a semana as chaves ficam com o Capitão e o Sargento Civaldo; que tem conhecimento de ter ocorrido falta de azeite e carne, o que se dava por falta de controle, que às vezes se esquecia de anotar a retirada; que não tem conhecimento da existência de sindicâncias ou ocorrências para apurar estas faltas, à exceção do ocorrido com a carne; que não tinha convívio com o Soldado Matheus, não sabendo informar se houve ou não algum churrasco pelo aniversário dele; que, em nenhum momento, houve qualquer comentário, ainda que por brincadeira, por parte dos acusados, no sentido de arrumar carne para fazer churrasco para alguém, como, por exemplo, para o Soldado Matheus; que pode afirmar que o Jesus era considerado o melhor cassineiro, e que o Peruzzo era muito bem visto por todos, que ele organizava as festas do Quartel, alugando material de copa; que desconhece fatos que desabonem os acusados. ***Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu:*** *que o no período que esteve no Quartel, na data dos fatos (19:30 às 20:00), havia terminado o jantar e o pessoal estava preparando a ceia, para ser servida; que o Soldado*

> *Jesus estava na cozinha já fazia uma semana; que o Peruzzo era o permanência e o Soldado Carpes era o cassineiro; que já havia um pessoal se adiantando para receber a ceia (os 'ratões'); que a ceia, normalmente, começa a ser servida às 20:00 horas."* (sublinhei).

As partes nada requereram na fase do art. 427 do CPPM (fls. 236 f/v).

Em alegações escritas (fls. 240/245), considerando que as provas colhidas em Juízo confirmaram a conduta delitiva dos acusados, o Ministério Público Militar pugnou pela procedência da ação penal e a consequente condenação, como incursos nas sanções previstas no art. 303, § 2º, do Código Penal Militar (peculato-furto).

A DPU, atuando na defesa de ambos os acusados, em alegações escritas (fls. 247/251 f/v), postulou a absolvição de seus defendidos, com base no art. 439, alínea "c", do CPPM (não existir prova de terem concorrido para a infração penal), sustentando que os réus não incidiram na prática delitiva ou, no mínimo, a autoria do delito restou incerta, devido à ausência de provas que os incriminassem.

Na Sessão de Julgamento (Ata às fls. 267/268), o representante do MPM formulou o pedido de arquivamento em relação ao crime de ameaça, por entender que os elementos presentes nos autos não seriam suficientes para a propositura da ação penal. No mérito, requereu a condenação dos acusados como incursos no art. 303, § 2º, do CPM. A Defesa, por seu turno, em razão da análise das provas, pugnou pela absolvição de ambos os réus.

Em decorrência, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 3ª CJM resolveu, por unanimidade de votos, julgar procedente a Denúncia para condenar o ex-Cb Ex LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO e o ex-Sd Ex FERNANDO ALVES DE JESUS à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, § 2º, do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime inicial aberto para cumprimento da pena (fls. 262/266).

A Sentença foi publicada em 3.9.2013 (fls. 267/268).

A Defensoria Pública da União, atuando em favor dos acusados, tempestivamente, interpôs recurso de Apelação em 13.9.2013 (fl. 270).

Por sua vez, operou-se o trânsito em julgado para o Órgão Ministerial em 10.9.2013 (Certidão à fl. 269v).

Em razões de recurso, sob o argumento de não haver suficiente comprovação quanto à participação dos acusados no fato delituoso, o Órgão Defensório requereu a reforma da Sentença a fim de que os acusados fossem absolvidos, com base no art. 439, alínea "c", do Código de Processo Penal Militar (fls. 272/277 f/v).

A seu turno, o MPM, em contrarrazões (fls. 279/284), postulou o não provimento do recurso de apelação interposto pela Defesa e a consequente manutenção da Sentença. Rechaçando os argumentos defensivos, em suma, o *Parquet* buscou demonstrar não subsistirem motivos para a reforma da decisão de primeiro grau, haja vista que, com base no princípio do livre convencimento, o Conselho possui a prerrogativa de fazer a livre apreciação das provas. Assim, aduziu que a decisão teve como respaldo não só o depoimento do Sd Pedro, mas, também, o seu cotejo com todo o acervo de provas carreado aos autos. Dessa forma, foi possibilitada a formação de um conjunto probatório harmônico e convergente para sustentar a condenação.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por intermédio do parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, de 25.11.2013 (fls. 293/299), manifestou-se pelo não provimento da apelação interposta pela Defesa, por entender que o conjunto probatório presente nos autos é suficiente para embasar o decreto condenatório de ambos os acusados.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos (fl. 303 f/v).

A Defensoria Pública da União foi intimada acerca da colocação do processo em mesa para julgamento (fl. 307). De antemão, foi deferida a sustentação oral defensiva, com a possibilidade de julgamento a partir de 14.8.2014, *"ou Sessões subsequentes, conforme o andamento da pauta."* (fl. 305).

Ultrapassada aquela data, determinada como espectro inicial, sem que o feito fosse julgado, a DPU requereu a designação de data exata para a apreciação do Apelo, com destaque em pauta como "*julgamento marcado*" (fl. 319 f/v).

O pleito defensivo não foi atendido por este Relator (fls. 315/317), razão pela qual foi interposto Agravo Regimental (fls. 323/326).

O referido Agravo foi julgado pelo Tribunal, não sendo acolhida aquela pretensão defensiva (Acórdão às fls. 352/365). Com o trânsito em julgado do "Decisum" (Certidão à fl. 372), desbloquearam-se os óbices relativos à apreciação da presente Apelação, apesar de haver retardado demasiadamente sua tramitação.

Registre-se, por derradeiro, que, em plenário, na ocasião do julgamento, foi oportunizada a sustentação oral defensiva, tendo a Defensora Pública efetivamente a realizado.

É o relatório.

VOTO

O presente Recurso satisfaz os requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecido, processado e julgado.

A Defesa postula a reforma da Sentença, com a consequente absolvição dos acusados, com base no art. 439, alínea "c", do CPPM. A pretensão defensiva está calcada na insuficiência de provas que comprovem a participação dos ora recorrentes no fato delituoso a eles atribuído (fls. 272/277v).

Contudo, de antemão, manifesto não se vislumbrar possibilidade de provimento do recurso defensivo.

Com efeito, a alínea "c" do art. 439 do CPPM é comumente aplicável nas circunstâncias de coautoria delitiva. Em outras palavras, quando vislumbrada fragilidade na prova quanto a algum dos envolvidos, com vistas a excluí-lo do rol dos autores da prática delitiva. De qualquer sorte, para a hipótese aventada, a materialidade delitiva resta incontroversa.

À evidência, o caso concreto posto em análise não agasalha a hipótese de absolvição pretendida.

1) Sobre a materialidade e a autoria do ilícito.

Indiscutivelmente, a ocorrência do ilícito, a saber, a subtração dos gêneros alimentícios das instalações do Rancho do 3º Regimento de Cavalaria de Guarda, ficou evidenciada nos autos. Cuidam de demonstrar a materialidade delitiva: o laudo de avaliação, as guias de fornecimento e a relação do material de consumo em carga (fls. 104/108).

Também, da oitiva de algumas testemunhas é extraída a declaração de que visivelmente se constatou inesperada alteração no empilha-

mento das caixas que estocavam carne na câmara fria, dando nitidez à diminuição do estoque:

- 3º Sgt CIVALDO TELLES RODRIGUES JÚNIOR, Chefe de Depósitos da OM, responsável pelo controle físico dos gêneros estocados nas instalações do Rancho – oitiva em Juízo, fls. 144/146:

> *"(...) que, desde maio de 2011, trabalha no rancho como Chefe de Depósitos, o que inclui a câmara fria; (...) que quem faz o controle contábil de entrada e saída de carnes é a Sargento Flávia; que o controle físico é feito pelo depoente; (...) que na segunda-feira, pela manhã, soube pelo seu auxiliar, que é o Soldado Felipe Silva, que estava faltando carne, o que foi percebido pela arrumação das mesmas, pelo tamanho das pilhas, sendo que havia ocorrido o provimento na semana anterior e a câmara estava praticamente lotada; que então, o depoente esteve no local e constatou a mesma coisa; que então comunicou ao seu chefe, que é Cap Sílvio Nunes. (...) que não está bem lembrado, mas na segunda ou terça-feira seguinte ao fato, foi feita uma conferência física do estoque existente na câmara, chegando-se a uma quantidade de falta; (...) que provavelmente, a última conferência física no estoque da câmara fria, foi feita no início do mês, como de costume; que até o momento da descoberta, o depoente não tinha notado nada diferente no estoque da câmara fria; (...)"*. (grifos nossos).

- Cap SYLVIO RODRIGUES NUNES NETO, responsável pelo Rancho – oitiva em Juízo, fls. 217/218:

> *"(...) na época, eu era responsável pelo rancho e, na sexta-feira, nós conferimos a quantidade de carne que estava armazenada na câmara fria e quando foi feita a conferência na segunda-feira, havia uma diferença grande, mais de 400kg; (...)"*. (sublinhei).

Alguns excertos de declarações revelam que a rotina empreendida estabelecia que na 6ª feira sempre era feita uma conferência do estoque da câmara fria. Nesse particular, ressalto que o dia 22.6.2012, data atribuída aos fatos, durante o expediente da OM, foi realizada uma conferência do estoque, conforme narram algumas testemunhas:

- Cap SYLVIO RODRIGUES NUNES NETO, responsável pelo Rancho – oitiva em Juízo, fls. 217/218:

> *"(...) na época, eu era responsável pelo rancho e na sexta-feira, nós conferimos a quantidade de carne que estava armazenada na câmara fria e quando foi feita a conferência na segunda-feira, havia uma diferença grande, mais de 400kg; (...)"*. (destaquei).

- 3º Sgt ANA FLÁVIA SILVA MOREIRA, responsável pela documentação do Setor de Aprovisionamento, incluindo o controle da câmara fria – oitiva em Juízo, fls. 147/148:

> *"(...) que geralmente, a conferência física do estoque existente na câmara fria é feita nas sextas-feiras, por volta de 11h, o que é feito pelo Sargento Civaldo, que não é atribuição da depoente (...)"*. (grifei).

No entanto, depreende-se que uma conferência mais criteriosa apenas era feita uma vez ao mês, conforme excertos de alguns depoimentos:

- 3º Sgt CIVALDO TELLES RODRIGUES JÚNIOR, Chefe de Depósitos da OM, responsável pelo controle físico dos gêneros estocados nas instalações do Rancho – oitiva em Juízo, fls. 144/146:

> *"(...) que, na sexta-feira, não foi feita conferência física do estoque de carnes; que não está bem lembrado, mas na segunda ou terça-feira seguinte ao fato, foi feita uma conferência física do estoque existente na câmara, chegando-se a uma quantidade de falta (...) que provavelmente, a última conferência física no estoque da câmara fria, foi feita no início do mês, como de costume; que até o momento da descoberta, o depoente não tinha notado nada diferente no estoque da câmara fria; (...)."* (sem grifos no original).

- Cb TAIO LIMA GONÇALVES, desempenhava as funções de cozinheiro do rancho da OM, desde maio de 2011 – oitiva em Juízo, fls. 164/166:

> *"(...) que até onde tem conhecimento, depois que o Cap Sílvio Nunes assumiu o rancho, o Sargento Civaldo faz uma conferência retirando toda a carne da câmara, o que é feito uma vez por mês. (...)"* (destaquei).

Outra sistemática adotada no rancho da OM dizia respeito à disponibilização de carne para utilização no final de semana e na segunda-

feira. Dentro da normalidade, toda a carne prevista para utilização nesse período era retirada da câmara fria, na sexta-feira, e colocada em uma segunda câmara refrigerada. No entanto, havia a possibilidade de que o Permanência, nas eventualidades, fizesse essa retirada, pois ele tinha acesso às chaves da câmara fria. Falando sobre esses procedimentos estão as declarações abaixo:

- 3º Sgt CIVALDO TELLES RODRIGUES JÚNIOR, Chefe de Depósitos da OM, responsável pelo controle físico dos gêneros estocados nas instalações do Rancho – oitiva em Juízo, fls. 144/146:

> *"(...) que sábado e domingo, a câmara fria não era aberta; que o saque de carnes era feito na sexta-feira para utilização no sábado, domingo e na segunda-feira; que, numa eventualidade, o Permanência poderia retirar carnes no final de semana, comunicando o fato ao depoente na segunda-feira; (...)."* (destaques nossos).

- Sd RAFAEL BENTO DE SOUZA, exercia as funções de cassineiro no rancho – oitiva em Juízo, fls. 200/201:

> *"(...) que até onde tem conhecimento, só o Capitão Sílvio Nunes tinha a chave da câmara fria; que, inclusive, quando havia necessidade de carne, o Capitão abria a câmara e com o Sargento fazia a retirada e as anotações; que para a carne que seria consumida no final de semana, na sexta-feira pela manhã, o Capitão Sílvio Nunes, o Sargento Civaldo e o Soldado Felipe Silva separavam a quantidade necessária, deixando a carne do lado de fora, isto é, na segunda porta, à qual o Permanência tinha acesso e fazia as retiradas necessárias. (...)".* (grifos nossos).

Ficou evidenciado que o Permanência tinha pleno acesso às chaves da câmara fria, para a retirada de gêneros alimentícios que se fizessem necessários aos finais de semana. Posteriormente, ao finalizar o serviço, as chaves eram repassadas ao Permanência seguinte, ou ao Comandante da Guarda. Seguem depoimentos concernentes a essa rotina:

- ex-Sd FELIPE DIAS MOTA, trabalhou junto com os acusados na função de cassineiro – oitiva em Juízo, fls. 232/234:

> *"(...) que por volta das 5:00 da manhã o permanência pega as chaves do Rancho e as entrega por volta das 22:30 ao Comandante da Guarda, e assim sucessivamente; que isto ocorre nos feriados e nos sábados e domingos; que durante a sema-*

> *na as chaves ficam com o Capitão e o Sargento Civaldo; (...)."* (sublinhei).

- acusado ex-Sd Ex FERNANDO ALVES DE JESUS - Interrogatório, fls. 141/143:

> *"(...) que sabe que o Permanência de sábado e o Permanência de domingo tinham acesso ao local, isto é, a câmara fria; (...)"*. (grifos nossos).

- acusado ex-Cb Ex LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO - Interrogatório, fls. 138/140:

> *"(...) Que na data dos fatos, estava de serviço de permanência ao rancho, serviço iniciado às 05h e encerrado às 21:40h, ocasião em que deixou a chave com o Comandante da guarda, sendo que não esta lembrado de seu nome agora; (...) Que não conhece a carne referida na denúncia; que não é verdadeira a acusação; que a carne sumiu, mas que não retirou; que nunca pegou nada do quartel e que entregou a chave para o Comandante da Guarda; que não fez conferência na câmara fria quando assumiu o serviço; (...)"*. (destaquei).

Sobre a questão do uso das chaves, uma estranha descoberta veio à tona. Foi percebida a troca dos cadeados que fechavam a câmara fria e o depósito de gêneros secos naquela oportunidade. Duas hipóteses são possíveis: tal fechamento não foi realizado por pessoa que estava inteirada da identificação daqueles cadeados, ou o fechamento foi realizado às pressas, sem maior atenção. Extrai-se de uma das oitivas:

- Cb Taio Lima Gonçalves, desempenhava as funções de cozinheiro do rancho da OM, desde maio de 2011 – oitiva em Juízo, fls. 164/166:

> *"(...) que o Soldado Felipe Silva disse ao depoente que os cadeados na câmara fria estavam trocados, isto é, que o cadeado da câmara fria estava no depósito de gêneros secos e o do depósito estava na câmara fria; que ele iria conferir a mesma para ver se havia alguma quebra; que, depois disso, o Soldado Felipe Silva disse ao depoente que havia uma quebra grande de carne; (...)"*. (grifei).

Outra questão relevante no Processo diz respeito ao pedido formulado pelo então Sd Matheus, o qual fora atendido pelo Cb PERUZZO,

que correspondia ao fornecimento de carne para o seu churrasco de aniversário. Nesse diapasão, são de interesse as seguintes declarações:

- Cb Taio Lima Gonçalves, desempenhava as funções de cozinheiro do rancho da OM, desde maio de 2011 – oitiva em Juízo, fls. 164/166:

> *"(...) que é cozinheiro no rancho desde maio de 2011; que conhece as acusados de vista, desde 2010 e que, depois, passou a trabalhar com eles; que não viu ninguém retirar carne da câmara fria no dia 22 de junho de 2012; (...)* ***que falou na sindicância que o Soldado Mateus disse que o Cabo Peruzzo e o Soldado Jesus iriam conseguir carne para ele poder comemorar o aniversário; que o Soldado Mateus também perguntou isto ao depoente, que respondeu a ele que teria que se falar com o Cap Sílvio Nunes, porque poderia ser possível se a confraternização fosse no Quartel, mas o Soldado Mateus disse que a confraternização seria na casa dele e então o depoente disse que, sendo assim, não tinha como; que o Soldado Mateus disse que daria uma droga aos acusados em troca da carne****; (...);* ***que só houve o comentário do Soldado Mateus sobre a troca de carne por droga; que não viu o Soldado Mateus conversando com os acusados sobre isso; que nunca viu o Soldado Mateus fornecendo droga dentro do Quartel; que o Soldado Mateus, quando tratou disso com o depoente, falou normal; que não estava brincando, mas que não pode interpretar se era ou não verdade a tal troca; que o Soldado Mateus disse ao depoente que houve o churrasco pelo aniversário dele, mas que não foi dentro do Quartel; que como houve o sumiço de bastante carne, perguntou ao Soldado Mateus como ele havia conseguido carne para o churrasco; que então o Soldado Mateus disse ao depoente que os acusados conseguiram três caixas de carne do rancho para o churrasco de aniversário; que o Mateus não disse o que deu em troca e nem se pagou pelas carnes****; que o seu relacionamento com o Mateus é o normal de Quartel, que fizeram o CFC (Curso de Formação de Cabos) juntos; que nunca viu churrasco de aniversário dentro ou fora do Quartel com carne do rancho; que durante o CFC (Curso de Formação de Cabos), houve um churrasco de confraternização em um parque em Viamão, sendo que a carne foi adquirida pelos participantes; que*

quem ficou encarregado da obtenção da carne foi o aluno Assis; que o depoente não lembra de terem apresentado a nota da compra da carne; que deu dinheiro referente à sua participação ao aluno Assis para a compra; que não viu atos que desabonem os acusados." (destaquei).

- ex-Sd Matheus de Oliveira Silva, desempenhava as funções de telefonista da OM – oitiva em Juízo, fls. 167/168:

"(...) que, à época dos fatos da denúncia, era telefonista; que nunca trabalhou no rancho; que conhece os acusados desde 2009, quando ingressou no regimento; (...) ***que o depoente comemorou seu aniversário neste ano em uma boate na Av. Bento Gonçalves; que a sua ex-namorada estava presente; que não fez nenhum churrasco pelo aniversário; que não tem qualquer tipo de problemas com drogas; que nunca pediu carne do rancho a nenhum militar do Quartel para fazer churrasco****. (...)* ***que não sabe dizer o motivo pelo qual uma testemunha disse que o depoente teria dito a ela que tinha conseguido três caixas de carne do Quartel por parte dos acusados****; que a ex-namorada do depoente tem fotos da comemoração do seu aniversário neste ano; que tem como conseguir as mesmas; que não havia nenhum militar na comemoração do seu aniversário neste ano; que a comemoração ocorreu no dia 23 de junho, que é o dia de seu aniversário. Pela defesa, perguntado, respondeu: que já saiu uma ou duas vezes com os acusados para beberem; que nunca participaram de churrasco juntos; que conhece a testemunha Taio Lima Gonçalves; que tem com ela a mesma relação de amizade que tem com os acusados; que não tem intimidade com a testemunha Lima Gonçalves; que não tem conhecimento de que o Cabo Lima Gonçalves tenha algo contra o depoente;* ***que confirma que nunca doou nem vendeu droga dentro do Quartel****;* ***que já ouviu falar de churrasco fora do Quartel com carne fornecida pelo rancho, tipo confraternização****; que falam muita coisa no Quartel, mas não sabe de nenhum caso concreto;* ***que nunca ouviu falar de churrasco organizado pelos acusados fora do Quartel com a carne do rancho****; que nunca recebeu ameaças por parte dos acusados; que no Curso de Formação de Cabos que fez, teve um churrasco de confraternização, mas não participou dele; que não sabe quem organizou e nem de onde veio a carne para o*

churrasco; que não presenciou nenhuma irregularidade por parte dos acusados, nem sabe de fatos que os desabonem." (grifos nossos).

Ressalte-se que, acerca desses depoimentos, foi realizada acareação entre o Sd Matheus e o Cb Taio Lima Gonçalves (fls. 215/216). Naquela assentada, ambos confirmaram o que houvera sido declarado anteriormente, sem que nada fosse retificado. Note-se que do teor da oitiva do Cb Lima Gonçalves depreende-se que o Sd Matheus seria, em tese, um beneficiário do ilícito relativo à subtração de carne. Por outro lado, se porventura fosse confirmada a versão apresentada pelo referido cabo, por conseguinte, Matheus estaria assumindo a prática ilícita concernente ao seu envolvimento com tóxicos e, por via de consequência, se autoincriminar acerca da conduta de fornecer tóxicos a colegas de farda. Nesse esteira, naturalmente, se esperaria que o Sd Matheus, com veemência, não daria por certa a versão dos fatos conforme apresentada pelo Cb Lima Gonçalves.

Com efeito, a prova oral mais contundente acerca da ocorrência ilícita, atribuindo a autoria aos ora recorrentes, vem da oitiva da testemunha Sd Pedro Guilherme Silva da Silveira (testemunha presencial dos fatos e que também trabalhava no rancho), o qual disse haver presenciado a colocação de caixas de carne do rancho no veículo de propriedade do Cb PERUZZO. Disse ele:

> *"(...) que à época dos fatos, trabalhava no rancho, sendo auxiliar do responsável do quarto de forragem; que conhece os acusados desde quando foi trabalhar no rancho, o que ocorreu em dezembro de 2011, janeiro de 2012;* ***que viu os acusados retirando carne da câmara fria do Quartel no dia 22 de junho deste ano, o que ocorreu por parte de ambos, logo após o término da janta, por volta das 19h; que à época, era laranjeira, isto é, morava no Quartel, e tinha se atrasado para a janta; que foi procurar algo para comer, pretendendo entrar pela porta dos fundos do rancho; que não chegou a entrar; que então, viu os acusados embarcando carne no veículo do Cabo Peruzzo, que é um Gol branco; que então foi chamado pelo Cabo Peruzzo, que disse ao depoente que ele (depoente) não tinha visto nada e que o depoente era um Soldado EV e que não iriam acreditar nele em razão do Cabo Peruzzo ser militar antigo, disse também que o depoente só***

tinha a perder; que o Cabo também disse que o depoente deveria levar em consideração que ele sabia onde o depoente e sua família moravam, *lembrando de uma carona que lhe foi dada ao término da Semana do Pólo Internacional; que esteve no Planet Ball porque se sentiu intimidado pelo Cabo Peruzzo; que somente ele o intimidou;* ***que depois de ter participado de uma formatura na segunda-feira seguinte, onde foi comentado pelo Cap Sílvio Nunes sobre o problema ocorrido com a carne, procurou o Sargento Bittencourt, dizendo a ele que tinha algo que poderia ajudar a esclarecer o ocorrido***; *que durante a formatura, não se pronunciou; que depois foi chamado pelo Cap Sílvio Nunes;* ***que depois do Planet Ball, esteve em um bar de sinuca, que fica próximo da casa noturna Stuttgart; que foi acompanhando o Cabo Peruzzo, que disse ao depoente que uma pessoa estaria esperando naquele local para dizer o que o depoente deveria ou não falar se fosse ouvido; que a tal pessoa disse ao depoente que ele só tinha a perder e que não sabia com quem estava lidando; que não conhecia essa pessoa; que não sabe o nome dela; que acredita que não seja militar porque tinha o cabelo comprido***; *que os acusados nada disseram sobre o que pretendiam fazer com a carne; que nada ofereceram ao depoente.* ***Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu: que na ocasião, somente havia o Gol branco no local; que não havia outro veículo; que a carne estava na própria caixa em que são guardadas na câmara fria; que no porta-malas, viu três caixas e viu o Soldado Jesus colocar duas caixas, uma atrás de cada banco dianteiro; que não viu as caixas que foram colocadas no interior do carro; que viu as caixas que estavam no porta-malas; que só falou o que sabia na segunda-feira porque ficou com medo de sofrer alguma represália***, *assim como contra a sua família; que quando conversou com o Cap Sílvio Nunes, não havia mais ninguém na sala; que não sofreu qualquer tipo de ameaça por parte do Soldado Jesus;* ***que se sentiu ameaçado pelo Cabo Peruzzo***; *que inclusive, ele não estava presente na formatura de segunda-feira porque estava fazendo um curso, mas havia colegas dele em forma; que então, como dito, preferiu conversar na presença apenas do Cap Sílvio Nunes.* ***Pela defesa, perguntado, respondeu: que não havia mais ninguém***

no local que pudesse ter visto a colocação das carnes, conforme declarou; *que não sabe dizer quantos quilos tem, em média, uma caixa de carne; que não tem ideia de quanto seria o 'peso' das caixas de carne referidas anteriormente;* ***que não pensou em chamar alguém para constatar o que estava ocorrendo, mas que poderia ter feito isso; que por ser a única pessoa a ter visto o ocorrido, ficou com medo que poderia ser associado ao que tinha acontecido***; *que continuou com medo até que na segunda-feira, veio a conversar com o Cap Sílvio Nunes a sós e não no momento da formatura; que não se sentiu ameaçado diretamente depois de ter falado com o Cap Sílvio Nunes; que não sofreu qualquer tipo de agressão;* ***que recebeu um recado por parte do Soldado Bento, no sentido de que o Soldado Mota havia dito que era para o depoente e o Cabo Lima Gonçalves se cuidarem porque o Cabo Peruzzo e o Soldado Jesus poderiam querer fazer alguma coisa com eles***; *que nenhum objeto foi retirado do depoente pela força; que as ameaças foram verbais; que jogou futebol com os acusados uma única vez quando todo o Pelotão também jogou porque ocorreu uma despedida do tenente Liechoscki; que não jogou futebol no Planet Ball no dia 22 de junho; que no bar sinuca não bebeu com os acusados e não se recorda de ter tirado foto com eles; que a foto que lhe foi apresentada, que está arquivada no celular apresentado pelo acusado Jesus (que a defesa pretende que seja juntada oportunamente) foi tirada em dia anterior ao ocorrido e que o depoente se reconhece nela; que o depoente do Quartel foi para o Planet Ball a pé com o Cabo Diogo e depois foi para o bar Sinuca com os acusados e o Cabo Diogo no carro do Cabo Peruzzo; que não esteve em nenhum outro lugar; que não tinha mais nada de carne no carro quando embarcou para o bar sinuca; que antes do ocorrido, por algumas vezes confraternizou com o Soldado Jesus; que já esteve na casa dele; que não participou de confraternização com o Cabo Peruzzo; que depois do fato, não mais confraternizou nem esteve na casa do Soldado Jesus; que em função do curso que o Soldado Jesus foi fazer, o depoente emprestou a ele alguns artigos de uniforme, como, por exemplo, japona, par de esporas e um suéter verde-oliva; que ainda não recebeu esse material de volta; que o depoente esqueceu documentos como por exemplo, carteira de*

trabalho, título de eleitor, cartão do banco e crachá de identificação, que estavam na mochila que foi emprestada para o Soldado Jesus; que os referidos documentos estão sendo devolvidos pelo acusado ao depoente; que os documentos não foram usados para fins de ameaça por parte do Soldado Jesus; que o curso a ser realizado pelo Soldado Jesus era o de cozinheiro; que não se recorda de quando foi feito; que não votou nas últimas eleições, embora tenha ido até o local onde costumava votar, sendo informado de que seu título estava inválido; que o depoente é Soldado engajado, o que ocorreu depois do fato da denúncia; que não viu qualquer conduta por parte dos acusados semelhante aos fatos da denúncia, nem qualquer outro fato que os desabone." (grifos nossos).

(Oitiva em Juízo do Sd Pedro Guilherme Silva da Silveira - fls. 160/163).

Outro testemunho também foi importante para a incriminação dos acusados. Trata-se da oitiva do Cap Sylvio Rodrigues (oficial responsável pelo rancho):

"(...) confirmo os depoimentos que prestei anteriormente, na sindicância; ***na época, eu era responsável pelo rancho e na sexta-feira, nós conferimos a quantidade de carne que estava armazenada na câmara fria e quando foi feita a conferência na segunda-feira, havia uma diferença grande, mais de 400kg****; não sei quem foi o autor da subtração ou do furto;* ***sei que eles estão sendo acusados porque na madrugada de domingo para segunda-feira, o Comandante da Guarda, que ficava com a chave da câmara fria, entregou essa chave para o Peruzzo; o Jesus é suspeito porque foi visto nessa madrugada entrando no Regimento, juntamente com o Peruzzo, por duas vezes****, conforme relato do Cabo Prado, que no dia, era o Cabo da Guarda; a carne estava armazenada no local a ela destinado, na câmara fria. Pelo Ministério Público Militar, perguntado, respondeu:* ***a testemunha Taio comentou que o Soldado Mateus havia procurado ele pedindo carne para o aniversário dele; isso ocorreu depois da segunda-feira, após a conferência que nós fizemos na câmara****. Pela defesa, perguntado, respondeu: entre a sexta-feira e a segunda-feira, período em que ocorreu o sumiço da carne, além do Peruzzo, eu tenho conhecimento de que tiveram acesso à câmara fria o Sargento*

Ismael, que era o responsável pelo rancho na sexta-feira, e o Sargento Civaldo, que estava de serviço no domingo; na segunda-feira, eu chamei os três para saber se tinham alguma coisa para relatar sobre o sumiço e Ismael me disse que havia retirado determinada quantidade de carne, que já estava previamente separada para a operação São José; ***o Cabo Peruzzo disse que não havia mexido na câmara fria nesse dia, porque a carne do sábado já tinha sido sacada no dia anterior; o Civaldo disse que abriu a câmara fria no domingo para sacar o gênero do domingo e da segunda-feira****; cada caixa de carne pesa aproximadamente 20Kg ou 30Kg; o transporte dessa carne para fora do Quartel, em hipótese, poderia ser feito dentro de um carro; os carros são revistados na saída por amostragem; não sei de nenhum fato que desabone a conduta dos réus; enquanto eu estive como responsável pelo rancho, nunca vi ocorrer fato similar a esse da denúncia."* (negritei).

(Oitiva em Juízo do Cap Sylvio Rodrigues Nunes Neto - fls. 217/218).

Portanto, diversas circunstâncias somadas trazem a lume a autoria do ilícito, atribuindo-o aos acusados. Dentre elas podemos elencar: as declarações do Sd Pedro Guilherme que afirmou ter visto os réus colocando caixas de carne no carro de um deles; os acusados estarem de serviço no rancho no dia 22.6.2012; a permanência do carro do Cb Peruzzo nas proximidades do rancho durante o expediente do dia 22.6.2012; o fácil acesso às chaves da câmara fria, em razão do Cb Peruzzo tirar serviço como Permanência do rancho, corroborado pelas circunstâncias de haver recebido as chaves do rancho das mãos do comandante da guarda naquele final de semana; a entrada no quartel efetuada pelos acusados em horários pouco convencionais, no final de semana em que houve o sumiço da carne; o atendimento ao pedido de fornecimento de carne para churrasco comemorativo de aniversário do Sd Matheus; a intimidação/pressão velada (com nuanças de ameaça) com que os acusados procuravam desencorajar aqueles militares que, ao fazerem revelações importantes sobre os fatos, contribuíam, em última análise, para a elucidação do crime, encorpando a prova acusatória.

2) Sobre o aspecto de haver apenas um testemunho presencial.

O vértice do arcabouço probatório que, notadamente, aponta para a culpabilidade dos acusados surge das declarações do Sd Pedro Guilherme, testemunha ocular dos fatos em tela. Conforme demonstrado

em nossa abordagem, a essa específica prova oral se aglutinam diversas outras declarações colhidas nos autos, concatenando as provas incriminadoras em um conjunto harmônico.

A Defesa, sem êxito, procurou desqualificar a pessoa que prestou essas declarações (*vide* oitiva do ex-Sd Felipe Dias Mota, fls. 232/234, testemunha arrolada pela Defesa).

Apesar de se tratar de um único testemunho presencial dos fatos, ele se reveste de robustez, na medida em que demonstra estar alinhado com outras provas colhidas nos autos. Não se equaciona como uma prova isolada, apesar de, essencialmente, ser a mais notável, em razão dos detalhes fornecidos e da segurança com que fora prestado, conferindo-lhe os atributos de credibilidade.

Sobre a suficiência do testemunho presencial para ensejar uma condenação apresento a Ementa de precedente do TJDFT abaixo:

> *"Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO. DESCLASSIFICAÇÃO. PROVA. AUTORIA.*
>
> *I. Comprovada a subtração de bem mediante violência que acarretou a morte da vítima, afigura-se o latrocínio. Incabível a desclassificação para homicídio.*
>
> *II. É suficiente para a comprovação da autoria a declaração de testemunha presencial, máxime quando harmônica com a prova técnica.*
>
> *III. Apelação desprovida."* (destaquei).
>
> (TJDFT. Acórdão n. 581388, Apelação 200610100596 83APR, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 13/4/2012, Publicado no DJE: 27/4/2012. Pág.: 190).

Ora, a partir do exame das provas que constam dos autos surge na mente do juiz uma particular sistematização analítica que dá azo à formação de sua convicção. E nessa esteira, no contexto do presente feito, é que se conclui pela culpabilidade dos réus quanto aos fatos a eles atribuídos.

Acerca das particularidades da função judicante e da responsabilidade que envolve o seu exercício, trago à colação a Ementa de um julgado da Corte que bem exemplifica a questão relativa à formação da convicção do julgador:

"Ementa:

RECEPTAÇÃO DOLOSA. ARMA DE USO EXCLUSIVO DAS FORÇAS ARMADAS.

Civil que recebe como garantia de dívida (mútuo) arma enrolada em um pano, contendo gravada na culatra insígnia da Aeronáutica.

Alegação inverossímil referente a desconhecimento de tratar-se de objeto proveniente de crime.

A convicção do juiz não se forja mediante regras mecânicas preestabelecidas. O conjunto probatório, o exercício mental realizado pelo julgador e o emprego da lógica ante os elementos circunstanciais permitem concluir, com significativa margem de segurança, como os fatos ocorreram. Aliás, as provas sobre os acontecimentos servem exatamente para isso: formar na mente do juiz a imagem, embora fictícia, como se testemunha presencial fosse, do desenrolar dos fatos, de modo a avaliar a conduta humana e seu nexo com o resultado juridicamente relevante.

Recurso provido.

Decisão majoritária." (sem grifos no original).

(STM. Apelação nº 2003.01.049498-7/PA. Relator para o Acórdão Ministro Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza. Julg.: 9.12.2004. Public.: 5.5.2005).

3) Manifestação da PGJM sobre o conjunto probatório.

A PGJM expressou, com clareza, estar constituído suporte probatório suficiente para embasar o decreto condenatório. Consignou o parecer:

"A materialidade do crime está comprovada pelo Laudo de Avaliação (fl. 104), que estimou o prejuízo em R$ 9.590,25 e também que '(...) o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios (...)' (STJ – AgRg no Ag 1015397/RJ, 23/03/2010, data da publicação/fonte DJE 12/04/2010).

A autoria resta suficientemente demonstrada pelo coerente acervo probatório, notadamente pela prova testemunhal.

Desse modo, por todo o arcabouço probatório constituído nestes autos, seguramente podemos afirmar que há provas suficientes para a condenação, ainda que haja apenas uma única testemunha presencial dos fatos, até porque o que diz a defesa sobre interesse da referida testemunha na causa não passa de

meras ilações, sem comprovação. Assim, em consonância com as demais provas colhidas, uma única testemunha presencial pode ser considerada suficiente:

***Testemunha Única** – TJMT: Admite-se que seja a decisão embasada em prova de que constam versões de uma única testemunha, desde que coerentes, não colidindo com prova já existente nos autos (RT 612/390). No mesmo sentido, TACRSP: JTACRESP 57/279-80. TACRSP: 'O brocardo* testius unus, testis nullus *de há muito está superado como regra de hermenêutica, pois os juízes pesam os depoimentos, não os contam' (JTACRESP 57/240) (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO – MIRABETE, J. F., Ed. Atlas, 1999, pág. 283)."*

(Parecer da PGJM da lavra do Dr. Edmar Jorge da Almeida, fls. 298/299). (Negrito no original).

4) Abordagem doutrinária sobre o crime de peculato-furto.

Note-se que o ilícito em comento foi perpetrado às ocultas, porquanto se almejava que os autores não fossem identificados. No entanto, como não há crime perfeito, um militar (Sd Pedro Guilherme) surpreendeu os acusados na realização dos atos executórios. Por isso, suas declarações remontam a uma significativa importância para o deslinde da *quaestio*. Nesse passo, como já dito, se mostram harmônicas com todo o acervo probatório constituído nos autos.

A descrição típica em tela se coaduna com a prática delitiva perpetrada pelos acusados. A tipificação do peculato-furto vem assentada nos seguintes termos:

> *"Art. 303. (Omissis)*
> *Pena – reclusão, de três a quinze anos.*
> *(...)*
> *§ 2º Aplica-se a mesma pena a quem, embora não tendo a posse ou detenção do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou contribui para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de militar ou de funcionário."* (grifos nossos).

A clássica doutrina de Nelson Hungria[48] traz a lume aspectos relativos ao peculato-furto, tendo por foco que a subtração de bens e valores

[48] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. IX, arts. 250 a 361 – Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, pp. 348/349.

por funcionário público, em sua repartição, ocorre diante das circunstâncias de valer-se da facilidade que sua condição funcional propicia. Ensina o ilustre mestre:

> *"Apresenta-se, aqui, o peculato, já não mais sob a forma de apropriação indébita, mas sob a de furto: o agente não tem a posse da 'res mobilis' (pública ou particular) em razão do cargo, mas a sua condição de funcionário público lhe enseja situação favorável para a subtração dela. A facilidade, a que se refere o texto legal, é qualquer circunstância de fato propícia à prática do crime, notadamente o fácil ingresso ou acesso à repartição ou local onde se achava a coisa subtraída. A condição de funcionário, na espécie, não é causa, mas ocasião para o crime (ex.: um funcionário postal subtrai os valores registrados que, embora não confiados à sua guarda, estavam sobre a mesa de um seu colega de seção). Duas são as hipóteses previstas na lei: na primeira, o funcionário é o executor direto da subtração; na segunda, concorre, conscientemente, para a subtração por outrem (ex.: o servente da delegacia fiscal, incumbido de fechar o edifício, deixa apenas cerrada uma das portas, por onde tiveram ingresso os ladrões, com os quais se achava conluiado). Nesta segunda hipótese, o que se identifica é uma aplicação particular da regra sobre o 'concursus delinquentium', devendo ficar esclarecido que a qualidade de funcionário, embora de caráter pessoal, é elementar do crime e, portanto, comunicável, o que vale dizer: todos os partícipes, ainda mesmo os 'extranei', respondem pelo título de peculato (...)."* (grifos nossos).

Corroborando no implemento do conteúdo doutrinário, vem a lição de Fernando Capez[49], que atribui ao peculato-furto a denominação de peculato impróprio, aproximando-o do crime de furto, conforme se vê:

> *"(...) Estamos agora diante de um crime de furto, só que praticado por funcionário público, o qual se vale dessa qualidade para cometê-lo. (...) Aqui o agente não tem a posse ou detenção do bem como no peculato-apropriação ou desvio, mas*

[49] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. volume 3, Parte Especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 6ª ed. de acordo com a Lei nº 11.466/2007. – São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 406/407.

> *se vale da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público para realizar a subtração – por exemplo, fiscal da prefeitura verifica que o tesoureiro deixou o cofre aberto e daí retira certa importância. No entanto, se o funcionário arromba a porta da Prefeitura e, posteriormente, o cofre desta, haverá o crime de furto qualificado. O funcionário pode tanto ele próprio realizar a subtração – por exemplo, guarda noturno que aproveita para entrar no almoxarifado e de lá subtrair diversos materiais – como concorrer para que outrem o faça – poderá o agente, propositadamente, deixar aberta a porta da repartição pública em que trabalha para que outrem, previamente conluiado, realize a subtração. Responderão ambos pelo crime de peculato, uma vez que a qualidade de funcionário do co-partícipe comunica-se ao autor da subtração."* (destaquei).

Ressalto que o delito de peculato está elencado no título concernente aos crimes contra a administração pública, não podendo ser confundido com os delitos patrimoniais, pois nele se insere a circunstância especial de que, no peculato, o bem jurídico tutelado, muito mais do que a defesa dos bens patrimoniais da administração pública, reverencia o interesse do Estado na probidade e fidelidade do funcionário público, militar ou não[50].

5) Conclusão.

Com efeito, toda a instrução criminal voltou-se à elucidação da autoria delitiva.

Sopesa-se na questão o teor do estabelecido no art. 297 do CPPM que reza:

> *"Art. 297. 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.".*

Corroborando, a jurisprudência do STJ apresenta haver suporte para a condenação a existência de indícios veementes da prática ilícita. É o que se extrai do precedente abaixo:

---

[50] Conforme lição de Paulo José da Costa Júnior, *in Código Penal Comentado*. 10. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 1127/1128.

> *"Ementa:*
>
> *PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA INDICIÁRIA. SUFICIÊNCIA. CONDENAÇÃO.* HABEAS CORPUS. *REVOLVIMENTO DE MATERIAL PROBATÓRIO. VIA IMPRÓPRIA.*
>
> *1. Se a sentença, bem articulando os fatos postos no processo e atendendo ao requisitos do art. 381, do CPP, conclui pela condenação do réu, não há falar em falta de fundamentação e, muito menos, violação ao art. 93, IX, da CF/88.*
>
> *2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa.*
>
> *3. Nos moldes em que delineada a controvérsia, está-se, na verdade, pretendendo revolver material fático-probatório, intento não condizente com a via angusta do* habeas corpus.
>
> *4. Ordem denegada."* (sem grifos no original).
>
> (STJ. HC nº 15736/MG. Ministro FERNANDO GONÇALVES. Órgão Julgador: 6ª Turma. Julg.: 3.4.2001. Public.: DJ de 23.4.2001).

Nesse compasso, importa ressaltar que impera na Justiça castrense, como em todo judiciário pátrio, o sistema da livre convicção ou da persuasão racional. Com o emprego dessa sistemática é alcançada a verdade histórica do processo, na qual exsurge o princípio basilar da busca da verdade real, que tem como ponto culminante fazer fluir dos autos a verdade produzida pelas provas, através do processo intelectivo do julgador. No caso concreto, teve por foco a análise da culpabilidade dos acusados.

Do exame dos depoimentos, bem como dos demais elementos de prova que compõem os autos, fica patente a responsabilidade dos réus quanto à retirada das caixas de carne de dentro da câmara fria do rancho do 3º RCG, sem a devida autorização, desfalcando o estoque de gêneros alimentícios daquela OM.

Portanto, feito o delineamento da *quaestio*, e por tudo quanto abordado, depreende-se haver suficiente lastro probatório para dar suporte à condenação dos acusados. Dessa forma, não merece provimento o Recurso defensivo interposto.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso da Defesa, para manter, em seus jurídicos fundamentos, a Sentença hostilizada, que condenou o ex-Cb Ex LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO e o ex-Sd Ex FERNANDO ALVES DE JESUS à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incursos no art. 303, § 2º, do CPM, com o direito de recorrerem em liberdade e o regime prisional aberto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso da Defesa, para manter, em seus jurídicos fundamentos, a Sentença hostilizada, que condenou o ex-Cb Ex Lidomar Luiz Cunha Peruzzo e o ex-Sd Ex Fernando Alves de Jesus à pena de 3 anos de reclusão, como incursos no art. 303, § 2°, do CPM, com o direito de recorrerem em liberdade e o regime prisional aberto.

Brasília, 16 de dezembro de 2014 – Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
APELAÇÃO Nº 92-66.2012.7.03.0103-RS

Votei vencido, divergindo da douta maioria, ao dar provimento parcial ao Recurso interposto pela Defesa do ex-Cabo do Exército LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO e do ex-Soldado do Exército FERNANDO ALVES DE JESUS, para, reformando a Sentença recorrida, condená-los, por desclassificação, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos no artigo 240, § 5º, do CPM, em regime inicialmente aberto, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, desde que aceitas as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea "a".

Narra a Denúncia, em síntese, que, no dia 22 de junho de 2012, sexta-feira, por volta das 22h, o ex-Cabo LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO, que cumpria a função de Permanência do Rancho, juntamente com o ex-Soldado FERNANDO ALVES DE JESUS, apropriaram-se de 467,47 Kg (quatrocentos e sessenta e sete quilos e quarenta e sete gramas) de carne bovina da câmara fria do Quartel do 3º Regimento de Cavalaria de Guarda, na cidade de Porto Alegre, sendo 128 Kg de contrafilé, 116,17 Kg de filé mignon e 223 Kg de picanha.

O crime foi descoberto no dia 25 de junho de 2012, segunda-feira, quando o Soldado FELIPE DA SILVA VIEIRA verificou, visualmente, que a quantidade de carne existente na câmara fria havia diminuído consideravelmente em relação à existente na sexta-feira anterior.

A Defesa requereu a reforma da Sentença, com a absolvição dos Sentenciados, face à ausência de provas do delito, com base no art. 439, inciso "c", do CPPM.

Embora tenham negado em Juízo a subtração, razão não lhes assiste no que tange à absolvição pleiteada.

De acordo com o que se depreende dos autos, o Acusado ex-Cabo LIDOMAR CUNHA LUIZ PERUZZO juntamente com o ex-Soldado FERNANDO ALVES DE JESUS retiraram diversas caixas de carne da câmara fria e, colocando-as dentro do automóvel do Cabo LIDOMAR, saíram do Quartel com tais gêneros.

A materialidade do delito está devidamente comprovada pelos termos do Ofício Diex nº 38/2012 (fl. 5), que informa que, após a conferência do estoque de carne na câmara fria, realizada no dia 25 de junho de 2012, constatou-se incoerência no saldo em relação à última conferência realizada na manhã do dia 22 de junho de 2012. Confirma ainda a materialidade do delito o Relatório de Avaliação realizado pelos peritos, os quais avaliaram os quantitativos em espécie dos saldos dos gêneros considerados incoerentes ou incorretos (fl. 104).

Com relação à existência de grande quantidade de carne acondicionada na câmara fria na semana anterior, segue um trecho do depoimento da testemunha 3º Sargento do Exército CIVALDO TELLES RODRIGUES JÚNIOR, às fls. 144/146:

> *"(...) que na segunda-feira, pela manhã,* ***soube pelo auxiliar que é o Soldado Felipe Silva, que estava faltando carne****, o que foi percebido pela arrumação das mesmas, pelo tamanho das pilhas,* ***sendo que havia ocorrido o provimento na semana anterior e a câmara estava praticamente lotada****;* ***que então, o depoente esteve no local e constatou a mesma coisa*** *(...); que as chaves do rancho (da câmara fria, antecâmara, depósitos, etc.) ficam, durante o expediente, na posse do depoente, que fora dele, com o Permanência (...), que no dia 22 de junho de 2012, o Permanência era o Cabo Peruzzo (...)"* (grifos nossos).

Mais esclarecedor ainda é o depoimento do Capitão do Exército SYLVIO RODRIGUES NUNES NETO, ao afirmar que a conferência na câmara fria foi realizada na sexta-feira dia 22 de junho de 2012 (fls. 217/218):

> *"(...) na época eu era o responsável pelo rancho e* ***na sexta-feira, nós conferimos a quantidade de carne que estava armazenada na câmara fria e quando foi feita a conferência na segunda-feira havia uma diferença grande, mais de 400kg****; não sei quem foi o autor da subtração ou furto; sei que eles estão sendo acusados porque na madrugada de domingo para segunda-feira, o Comandante da Guarda, que ficava com a chave da câmara fria, entregou essa chave para o Peruzzo; o Jesus é suspeito porque foi visto nessa madrugada entrando no Regimento, juntamente com o Peruzzo, por duas vezes (...); os carros são revistados por amostragem (...)"* (grifo nosso).

Nesse contexto, cabe destaque a Guia de Fornecimento nº 5810, na qual consta o registro, no dia 20 de junho de 2012, de grande quantidade de carne recebida pela OM em questão (fls. 106/108).

Conforme Auto de Avaliação, ocorreu um dano ao erário no valor de R$ 9.590,25 (nove mil quinhentos e noventa reais e vinte e cinco centavos). (fl. 104).

Por sua vez, a autoria é inequívoca.

Embora os Apelantes o ex-Cabo LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO e o ex-Soldado FERNANDO ALVES DE JESUS neguem envolvimento com o crime descrito na Denúncia, verifica-se demonstrada a autoria delitiva.

Comprovou-se, ao longo da instrução processual, que o ex-Cabo LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO e o ex-Soldado FERNANDO ALVES DE JESUS foram os responsáveis pela subtração dos referidos gêneros.

Importante destacar, neste ponto, o testemunho do Soldado PEDRO GUILHERME SILVA DA SILVEIRA, que afirmou, em Juízo, ter visto os Apelantes no momento em que retiravam caixas de carne de dentro da câmara fria (fls. 160/163):

> *"(...)* ***que viu os acusados retirando carne da câmara fria do Quartel no dia 22 de junho deste ano****, o que ocorreu*

por parte de ambos, logo após o término da janta, por volta das 19h; que à época, era laranjeira, isto é, morava no Quartel, e tinha se atrasado para a janta; que foi procurar algo para comer, pretendendo entrar pela porta dos fundos do rancho; que não chegou a entrar; ***que, então, viu os acusados embarcando carne no veículo do Cabo Peruzzo, que é um Gol branco****; que então foi chamado pelo Cabo Peruzzo, que disse ao depoente que ele (depoente) não tinha visto nada e que o depoente era um Soldado EV eu que não iriam acreditar nele em razão do Cabo Peruzzo ser militar antigo (...); que, no porta-malas, viu três caixas e viu o Soldado Jesus colocar duas caixas, uma atrás de cada banco dianteiro (...)"* (grifos nossos).

O relato do Soldado PEDRO não deixa dúvidas quanto à dinâmica dos fatos, pois suas informações são claras e coesas com todo o contexto probatório.

Seu testemunho mostrou-se coerente, não tendo a Defesa se desincumbido de provar que seu relato não correspondia à verdade dos fatos.

Reforça a versão do Soldado PEDRO GUILHERME SILVA DA SILVEIRA as declarações da testemunha Cabo TAIO LIMA GONÇALVES (fls. 164/166):

"(...) que falou na sindicância ***que o Soldado Mateus disse que o Cabo Peruzzo e o Soldado Jesus iriam conseguir carne para ele comemorar o aniversário****; que o Soldado Mateus também perguntou isto ao depoente, que respondeu a ele que teria que se falar com o Cap Sílvio Nunes, porque poderia ser possível se a confraternização fosse no Quartel, mas o Soldado Mateus disse que a confraternização seria na casa dele e então o depoente disse que, sendo assim, não tinha como;* ***que o Soldado Mateus disse que daria uma droga aos acusados em troca de carne*** *(...); que o movimento de militares no rancho por ocasião do jantar é da ordem de 150 militares e é bem menos do que nas demais refeições; que, depois das 19h, quando encerra o jantar, só fica a guarnição de serviço no rancho, que se compõe de quatro militares; que acredita de depende disto para se poder ou não retirar uma quantidade de carne da ordem de 400kg (...); que o Soldado Mateus disse ao depoente que houve o churrasco pelo aniversário dele, mas que não foi dentro do*

> *Quartel;* ***que, como houve o sumiço de bastante carne, perguntou ao Soldado Mateus como ele havia conseguido carne para o churrasco; que então o Soldado Mateus disse ao depoente que os acusados conseguiram três caixas de carne no rancho para o churrasco de aniversário*** *(...)".* (grifos nossos).

Como se observa do testemunho do Cabo TAIO LIMA GONÇALVES, o ex-Soldado MATHEUS DE OLIVEIRA SILVA teria lhe afirmado que faria um churrasco para comemorar seu aniversário e que a carne seria conseguida por meio dos acusados, que a pegariam do rancho.

Tal informação corrobora o testemunho do Soldado PEDRO GUILHERME, que afirmou ter visto tanto o ex-Cabo PERUZZO quanto o ex-Soldado FERNANDO subtraindo a carne da câmara.

Também restou demonstrado que o ex-Cabo PERUZZO adentrou ao Quartel, por duas vezes, com seu veículo, no dia 22 de junho de 2012, conforme ele mesmo declarou em seu interrogatório, revelando, ainda, que ao sair não houve revista no automóvel pelo pessoal de serviço na Guarda.

Assim, o ex-Cabo PERUZZO possuía todos os meios para furtar os gêneros alimentícios pertencentes à OM, pois o exercício da função de Permanência do Rancho lhe permitia o acesso aos gêneros alimentícios que estavam na câmara fria, já que detinha as chaves do local.

Verifica-se, dessa forma, que a negativa de autoria por parte dos Apelantes encontra-se isolada das demais provas dos autos, sendo certo que, valendo-se da qualidade de militares, furtaram os gêneros alimentícios.

No entanto, contrariamente ao que afirma a Sentença, não há como sustentar que a subtração narrada esteja tipificada no art. 303, § 2º, do CPM, que trata do peculato-furto. Este dispositivo assim dispõe:

> *"Art. 303. (...)*
>
> *§ 2º Aplica-se a mesma pena a quem, embora não tendo a posse ou a detenção do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou contribui para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de militar ou de funcionário:*
>
> *Pena – reclusão, de três a quinze anos".*

Na perpetração do peculato-furto, o agente não tem a posse ou a detenção do bem; vale-se, porém, da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público para assim agir.

Ressalte-se que consta da escala de serviço acostada à fl. 14 que o Acusado LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO estava de serviço na OM no dia dos fatos, sendo certo que o ex-Cabo PERUZZO encontrava-se escalado, tão somente, para os serviços diários de Permanência ao Rancho.

Mais claro ainda quando se fala do Acusado FERNANDO ALVES DE JESUS, que, conforme escala de serviço (fl. 17), se encontrava de serviço na função de Cozinheiro de Dia (fl. 141).

Portanto, nenhum dos dois Réus era o guardião, o responsável pelo Depósito. Tal função, seguramente, cabe a militar de posto ou graduação superior.

Há de se consignar que o crime de peculato-furto somente ocorre quando o agente desvia em proveito próprio ou alheio coisa móvel que possui **em razão do cargo que ocupa**.

Uma vez que os Acusados não eram responsáveis pela guarda do material subtraído, nem desempenhavam qualquer função de gestão do depósito de gêneros do Regimento, não há que se falar no cometimento do peculato-furto, mas, sim, da prática do delito de furto.

Nesse diapasão, já decidiu esta Corte:

> ***"EMENTA: APELAÇÃO. PECULATO-FURTO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA FURTO QUALIFICADO.***
>
> *Crime de peculato - delito infamante, de grande reprovação social, que não deve ser banalizado. Princípio constitucional da proporcionalidade. Não há que se equiparar subtração de fardamento, de baixa quantia e totalmente reparada, com a figura do peculatário, do malversador. O local de trabalho, almoxarifado, por si só, não se revela suficiente a tipificar a conduta como peculato. A função exercida pelos agentes, a repercussão e a relevância da conduta são essenciais na distinção entre o crime de furto e o de peculato.* ***In casu****, o crime praticado pelos agentes subsume-se àquele definido no art. 240, § 5º, do CPM*

> *(furto de bem pertencente à União). Preliminar de nulidade do processo lastreada na fase inquisitorial rejeitada por falta de amparo legal. Unânime. Provimento parcial ao recurso. Decisão por maioria".* (Apelação nº 126-42.2010.7.02.0102/SP, Relator Ministro Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES. Julgado em 4/12/2012. Publicado em 21/1/2013). (grifo nosso).

No mesmo sentido, tem-se a Apelação nº 73-31.2010.7.03.0103/RS, Relator o Ministro JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS (julgado em 26/3/2012), Apelação nº 25-63.2007.7.07.0007/PE, de relatoria do Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR (julgado em 19/8/2010), e a Apelação nº 13-15.2008.7.07.0007/PE, de relatoria do Ministro MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO (julgado em 22/3/2010).

Importante destacar, neste ponto, ter o Capitão do Exército SYLVIO RODRIGUES NUNES NETO declarado, em Juízo, que ele era o responsável pelo Rancho (fls. 217/218).

Dessa forma, não há como entender que toda ação delitiva realizada por militar contra o patrimônio público deva ser considerada como peculato-furto.

Portanto, no presente caso, deve o delito praticado pelos Acusados ser desclassificado de peculato-furto (art. 303, § 2º, do CPM) para furto (art. 240 do CPM).

Há de se ressaltar que a referida desclassificação é cabível, uma vez que o Réu se defende dos fatos e não da classificação jurídica. Ademais, ela beneficia o Acusado, tendo em vista que a pena prevista para o **furto** é inferior àquela prevista para o delito de **peculato-furto**.

Esse é o entendimento desta Corte, *in verbis*:

> *"EMENTA: APELAÇÃO. PECULATO-FURTO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA FURTO QUALIFICADO. Crime de peculato - delito infamante, de grande reprovação social, que não deve ser banalizado. Princípio constitucional da proporcionalidade. Não há que se equiparar subtração de fardamento, de baixa quantia e totalmente reparada, com a figura do peculatário, do malversador. O local de trabalho, almoxarifado, por si só, não se revela suficiente a tipificar a conduta*

como peculato. A função exercida pelos agentes, a repercussão e a relevância da conduta são essenciais na distinção entre o crime de furto e o de peculato. In casu, o crime praticado pelos agentes subsume-se àquele definido no art. 240, § 5º, do CPM (furto de bem pertencente à União). Preliminar de nulidade do processo lastreada na fase inquisitorial rejeitada por falta de amparo legal. Unânime. Provimento parcial ao recurso. Decisão por maioria". (STM - AP 126-42.2010.7.02.0102/SP, Relator Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares, julgado em 4/12/2012).

No mesmo sentido, tem-se a Apelação nº 29-50.2007.7.01.04 01/RJ, de relatoria do Ministro MARCOS MARTINS TORRES (julgado em 8/11/2011), e a Apelação nº 2002.01.048964-9/SP, de relatoria do Ministro ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA (julgado em 31/10/2002), Apelação nº 13-15.2008.7.07.0007/PE, de Relatoria do Ministro MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO (julgado em 22/03/2010).

Diante do exposto, a sentença *a quo* deve ser reformada para, em relação à subtração ocorrida em 22 de junho de 2012, condenar, por desclassificação, o ex Cabo LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO e o ex-Soldado FERNANDO ALVES DE JESUS pelo crime de **furto qualificado**, previsto no art. 240, § 5º do CPM.

Isso posto, passo à dosimetria da pena do Acusado LIDOMAR LUIZ CUNHA PERUZZO.

Utilizando o critério trifásico e observadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do Código Penal Militar, mormente o fato de se tratar, à época, de réu primário e sem antecedentes penais, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase, em razão da inexistência de agravantes e atenuantes, fica a pena provisória fixada em 2 (dois) anos de reclusão.

Na terceira fase, não existem causas especiais de aumento ou diminuição de pena, tornando a pena definitiva em **2 (dois) anos de reclusão**, mantido o regime inicialmente aberto, de acordo com o art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal. Concedo ainda o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, desde que aceitas as condições previstas no art. 626 do CPPM, exceto a letra "a".

Passo à dosimetria da pena do acusado FERNANDO ALVES DE JESUS.

Utilizando o critério trifásico e observadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do Código Penal Militar, mormente o fato de se tratar, à época, de réu primário e sem antecedentes penais, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase, em razão da inexistência de agravantes e da impossibilidade de aplicar a atenuante da menoridade (inciso I do art. 72 do CPM) uma vez que a pena aplicada já se encontra no mínimo legal, fica a pena provisória fixada em 2 (dois) anos de reclusão.

Na terceira fase, não existem causas especiais de aumento ou diminuição de pena, tornando a pena definitiva em **2 (dois) anos de reclusão**, mantido o regime inicialmente aberto, de acordo com o art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal. Concedo ainda o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, desde que aceitas as condições previstas no art. 626 do CPPM, exceto a letra "a".

Por todo o exposto, votei vencido, pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo da Defesa dos Apelantes para reformar a Sentença recorrida e condená-los, por desclassificação, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos no artigo 240, § 5º, do CPM, em regime inicialmente aberto, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, desde que aceitas as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea "a", designando o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 3ª CJM para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 16 de dezembro de 2014.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro-Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO
APELAÇÃO Nº 92-66.2012.7.03.0103-RS

Votei vencido, divergindo de meus eminentes pares, pois dava provimento parcial ao recurso defensivo para condenar Lidomar Luiz Cunha Peruzzo, ex-Cb Ex, e Fernando Alves de Jesus, ex-Sd Ex, cada um, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos no art. 303, § 2º, do

CPM, e concedia o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de recorrerem em liberdade.

Trago a debate a minha tese já esposada em processo anterior, quando ainda atuava como Juiz-Auditor Substituto na Auditoria da 12ª CJM. Na ocasião, tratava-se de um sargento da Aeronáutica, muito bem conceituado, com alterações militares impecáveis. No entanto, vinha atravessando sérias dificuldades financeiras e familiares e, assim, foi denunciado pela prática do crime de peculato-furto.

Entendeu bem o Conselho Julgador pela procedência da exordial e condenou o Réu como incurso nas penas do delito previsto no art. 303, § 2º, do CPM. A dificuldade, porém, consistia em se aplicar uma pena justa e apta a cumprir sua finalidade e surtir todos os seus efeitos.

Após muito debate, chegou-se a uma solução jurídica lastreada na Carta Magna de 1988, evocando-se o princípio da proporcionalidade e, assim, fixou-se uma pena-base abaixo do mínimo legal.

Os fundamentos constitucionais apontados naquela ocasião têm aplicação no presente caso, os quais serão expostos na forma abaixo.

Não obstante seja forçosa a confirmação de sancionar penalmente, faz-se necessário constatar a absoluta desproporcionalidade de aplicar uma pena de 3 (três) anos de reclusão ao caso concreto.

Para início de reflexão, não se trata aqui de mero ataque ao critério adotado pelo legislador, mas, sim, de vislumbrar a melhor hermenêutica aplicável ao caso.

Sobre o Princípio da Proporcionalidade, é válido relembrar as palavras do Ministro Dr. Paulo César Cataldo, quando lucidamente ponderou que a pena pode ser pior do que o crime.

Toda norma, segundo Canotilho, aspira à credibilidade como ordem justa, segundo a qual estabelece estruturas básicas de justiça assentes na força consensual e compromissória dos atos de domínio.

Os princípios, sejam expressos ou implícitos, possuem força normativa, assim como as regras, mas estão alicerçados de alcance muito mais robusto, pois emanam as diretrizes para todo o ordenamento jurídico.

A proteção dos bens juridicamente tutelados deve estar sintonizada com a força interventiva do direito penal. O princípio da proporcio-

nalidade, implícito no texto da Carta Magna de 1988, é eixo dos direitos fundamentais para que se evite a aplicação de sanção demasiadamente grave em relação à conduta efetivamente praticada.

Observando-se o prisma da proporcionalidade e seus corolários, tem-se que a medida é adequada e necessária, porém fere a proporcionalidade em sentido estrito.

No caso ora analisado, a aplicação da pena pelo crime de peculato-furto, mesmo no seu patamar mínimo, é um desprestígio ao princípio ora em comento, na sua base constitucional.

Menciono doutrina renomada sobre o tema, *in verbis*:

> *"O princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno"* (BITTENCOURT, Cezar Roberto; *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.24);
>
> *"O princípio da exigibilidade, também conhecido como o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adaptar outro meio menos oneroso para o cidadão"* (CANOTILHO *Apud* D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 66);
>
> *"Impõe que a medida adotada para a realização do interesse púbico deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim"* (CANOTILHO *Apud* D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 66-67); e
>
> *"O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se,*

> *dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca"* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 158).

Por óbvio, a resposta estatal aos infratores deve ser proporcional (necessária, adequada e sem excesso) ao fato praticado e fim almejado com a sanção. Trata-se de verdadeiro juízo de intensidade (justa medida), no qual são colocados meios e fim em equação mediante um juízo de ponderação, **avaliando-se se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim**.

Uma vertente pouco explorada do presente postulado é referida nas lições de Paulo Queiroz:

> ***"Convém notar, todavia, que o princípio da proporcionalidade compreende, além da proibição de excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico penal***. *Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal,* ***afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos****."* (grifo nosso).

Alinhado com os ditames que possam ser trazidos ao processo, pelo princípio da proporcionalidade, impõe-se, como adequada e necessária, a adoção de uma interpretação de natureza singular, como a justa medida para o deslinde do presente feito.

Dentro do processo penal, resta nítida a bipolarização entre o *ius puniendi* – direito de punir – e o *ius libertatis* – direito à liberdade.

De um lado, o Estado, por meio do Ministério Público, exerce o direito de acusar, de buscar a punição através da aplicação de uma sanção penal; **do outro**, está o acusado, abrigado pelo manto da inocência, pelo direito de ter a mais ampla defesa, de ser acusado dentro do devido processo legal, de poder rebater o inteiro teor da acusação, **e de receber**

um provimento jurisdicional justo, isto é, adequado, suficiente, mantendo-se a necessidade reprovatória e preventiva.

Há estudiosos que abraçam a tese de que juízes e tribunais devem tão somente aplicar a lei, julgando com base nas fontes formais do direito. Em contraposição, existem outros que entendem que juízes e tribunais, em suas decisões, dão expressão à norma jurídica, extraindo dela o que não foi declarado por outra fonte[51].

Com efeito, afirma Marcelo da Fonseca Guerreiro, não se ignora que, de há muito, os hermeneutas deixaram de lado o brocardo *in claris cessat interpraetatio* dos exegetas da antiga Escola Clássica, para adotar uma postura mais flexível, mais condizente com as dificuldades da aplicação dos textos legais à multifacetada realidade fática.

Hodiernamente prevalece – ou deveria prevalecer – entre os intérpretes do Direito a *lógica dei razonable,* isto é, a lógica do razoável, preconizada por Recaséns Siches, a qual toma por rumo não a expressão literal da lei, mas o fundamento axiológico que lhe serve de arrimo, de maneira a conciliar o processo interpretativo com os fins buscados pelo legislador, confrontados, sempre, com as exigências da natureza humana.

Em consonância com o quadro fático apresentado nos autos e alinhado com os ditames trazidos ao processo pelo princípio da proporcionalidade, impõe-se como adequada e necessária a adoção de uma interpretação consentânea com o Direito Constitucional, como a justa medida para o deslinde do feito.

Assim, em respeito à norma maior do sistema, é forçosa e necessária a admissão de uma **minorante inominada**, lastreada no princípio da proporcionalidade, trazendo como intervalo de apreciação, por analogia, o patamar de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), como sói acontece em vários artigos da lei penal castrense.

No caso dos presentes autos, a constatação é simples: a conduta deve ser reprimida, mas não com 3 (três) anos de reclusão. E não se trata de atribuir a proposta de aplicação de minorante inominada como um ativismo judicial desnecessário e inoportuno. Trata-se, sim, de ter visão de

---

[51] GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1984, p. 36.

proporcionalidade diante do contexto apresentado, sopesados e mensurados os critérios de excepcionalidade que os façam incidir.

A presente visão não tem a pretensão de inaugurar uma liberdade desmotivada de a autoridade judiciária cominar penas, ofendendo ao princípio da legalidade. Tão somente reage contra uma pena cominada abstratamente, não aplicável ao caso concreto por flagrantemente distante dos ditames legais.

Como bem consignado no Acórdão da Apelação n° 11-18.2009.7.10.0010/CE, o próprio STF decidiu que a norma incriminadora do aborto de anencéfalos é inconstitucional, inovando no ordenamento jurídico e tornando essa conduta atípica. Ou seja, a lei que não serve para fazer justiça no caso concreto torna-se inútil para a sociedade. Não se tratou de mero ativismo judicial, mas sim de medida justa à sociedade.

Se a missão do Magistrado é clara em não legislar, é cristalina para o dever inafastável de entregar justiça ao caso concreto, quando constatada a impertinência do parâmetro legal para punição. Trata-se de coragem para entregar uma prestação jurisdicional mais justa possível, na exata compreensão da palavra, e dentro das balizas constitucionais.

Na esteira dos ensinamentos aqui colacionados, clama-se por uma solução mais justa ao caso concreto, a fim de não se despenalizar ou gerar impunidade à conduta, mas sim abrandar significativamente, nos moldes do conceito social hodierno, prestando uma efetiva e equilibrada individualização da pena, outro preceito de égide constitucional.

Dessa forma, com o implemento do princípio da proporcionalidade como minorante inominada, na terceira fase da dosimetria, com diminuição de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da pena, não se está a criar patamar inovador, mas adotar o critério comumente utilizado no CPM, balizado pela visão maior da norma constitucional.

Por fim, mantendo o já estabelecido na primeira e segunda fase da dosimetria no caso *sub oculis*, altero tão somente a terceira fase, para fazer incidir o princípio da proporcionalidade como **minorante inominada**, aplicando-a no patamar mínimo de 1/3 (um terço), diminuindo a pena de 3 (três) anos de reclusão para 2 (dois) anos de reclusão, como incursos nas sanções do art. 303, § 2º, do CPM, com o benefício da suspensão condicional da pena.

Ante o exposto, dava provimento parcial ao recurso interposto pela Defesa e condenava o ex-Cb Ex Lidomar Luiz Cunha Peruzzo e o ex-Sd Ex Fernando Alves de Jesus, cada um, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursos no art. 303, § 2º, do CPM, concedia o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de recorrerem em liberdade.

Superior Tribunal Militar, 16 de dezembro de 2014.

Dr. José Barroso Filho
Ministro do STM

_____

APELAÇÃO Nº 157-94.2012.7.01.0401-RJ

Relator – Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Revisor – Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelantes – O Ministério Público Militar e Aline Menezes dos Santos, Cap Ex, condenada à pena de 6 meses de detenção, como incursa no art. 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada – A Sentença do Conselho Especial de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 1º/7/2014.

Advogados – Drs. Jorge Alberto Passarelli de Souza Toledo de Campos, Beatriz de Azevedo Gomes e Bruno dos Santos Pereira.

EMENTA

DESERÇÃO DE OFICIAL. DEMISSÃO DE OFÍCIO E POSTERIOR REINCLUSÃO PAUTADA EM LEGISLAÇÃO DERROGADA. VÍCIO INSANÁVEL. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. APELAÇÃO DA DEFESA E DO MPM. ACOLHIDA A PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO SUSCITADA PELO "PARQUET". HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. Oficial demitida de ofício e posteriormente reincluída às fileiras do Exército Brasileiro, nos termos dos artigos 82, inciso VIII, e 128, § 3º, do Estatuto dos Militares, caracterizando vício insanável, sendo o ato nulo de pleno direito, por preterição de formalidade essencial à constituição regular do processo, a contar da demissão "ex officio" da militar. Segundo o STF, não se aplicam mais os artigos supramencionados, tendo em vista que a CF/88 veda o provimento derivado e que a superveniência da Lei nº 8.236/91, que alterou o art. 454, § 1º, do CPPM, excluiu a figura da demissão de ofício, com posterior reinclusão para admitir somente a agregação. Constrangimento ilegal configurado, já que faltou a condição objetiva de procedibilidade para a instauração da ação, e a condição objetiva de prosseguibilidade para dar continuidade à relação processual. Preliminar ministerial de nulidade acolhida. Concessão de* Habeas Corpus *de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória. Decisão por unanimidade*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, acolheu a preliminar de nulidade suscitada pelo Ministério Público Militar, para anular o presente feito,

desde a demissão de ofício, por falta de condição de procedibilidade da Ação Penal referente à Cap Ex Aline Menezes dos Santos, e concedeu *habeas corpus*, de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, determinando, em definitivo, o arquivamento dos autos, sem renovação, com base no art. 470, c/c o art. 467, alíneas "c" e "i", art. 468, alínea "c", e art. 500, inciso II, tudo do CPPM. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Edmar Jorge de Almeida, e o Advogado da defesa, Dr. Marco Antonio Rodrigues Jorge.

Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros e José Américo dos Santos. (Extrato da Ata da 98ª Sessão, 9/12/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas pelo Ministério Público Militar e por ALINE MENEZES DOS SANTOS, Cap Ex, contra a Sentença proferida pelo Conselho Especial de Justiça da 4ª Auditoria da 1ª CJM, que condenou essa Oficial pelo crime de Deserção, previsto no art. 187 do CPM.

Importante lembrar que a Defesa e o MPM Apelaram para pedir a absolvição da acusada.

A Denúncia, fls.1-A/1-D, recebida no dia 31 de julho de 2013, fl. 223, descreve que:

> *"A Denunciada se ausentou, sem licença, da Organização Militar onde servia a partir do dia 31 de julho de 2012, conforme Parte de Ausência às fls. 02 e, deixou que escoasse o prazo de oito dias, previsto no artigo 187 do Código Penal Militar, necessários à consumação do delito de deserção. Consta a Parte de deserção às fls. 07 e o Termo de Deserção às fls. 14. Tais atos foram publicados no BI Reservado nº 36/2012, de 9 de agosto daquele ano (fls. 160/163). A Agregação da Oficial e sua publicação constam às fls. 170.*
>
> *A Denunciada estava em Licença para Tratamento de Interesse Particular (LTIP) até o dia 30 de junho de 2012, tendo*

cumprido o expediente no mês de julho de 2012 até o dia da ausência injustificada (fls. 158), conforme relatório de fls. 179.

Ocorre que o término de sua LTIP estava previsto para 30 de junho de 2012 e a mesma se apresentou para o serviço somente em 02 de julho de 2012, mesma data em que deu entrada em requerimento de transferência para a reserva remunerada (fls. 193), o qual foi indeferido.

Consta dos autos que a Denunciada já faltara ao expediente na PGED (Seção de Pós-Graduação e Engenharia de Defesa) no dia 30 de julho, tendo comparecido, entretanto, naquela manhã ao IME, na Seção de Saúde, oportunidade em que foi avisada pelo Svd Cvl Hélio que deveria comparecer à PGED. O 1º SGT PEÇANHA, auxiliar da PGED informou ao Cel RICARDO FIGUEIREDO MACHADO, Adjunto da PGED, que a militar declarara no dia 26 de julho que iria viajar para os Estados Unidos, tendo apresentado pedido de demissão. Foram enviadas mensagens, na tentativa de contatar a Oficial (fls. 9/13)

O pedido de demissão apresentado pela Oficial em 26 de julho de 2012 fora indeferido em 1º de agosto de 2012, por inobservância de exigências legais, como errôneo endereçamento e estar desacompanhado de documentação. Às fls. 27 o Comandante do IME esclarece que o desligamento do SAM só ocorre, com a publicação da portaria de demissão em BI da OM, não podendo ultrapassar o prazo de 45 dias após a data da publicação da portaria. Assim o Oficial tem de aguardar a publicação para que possa ser desligado do SAM (Serviço Ativo) (fls. 27/31)...

A Denunciada ingressou com Ação Ordinária na Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, fls. 37/149, pleiteando a Reserva Remunerada ex officio, *por ter ultrapassado dois anos em LTIP (fls. 39).*

A Inspeção de Saúde realizada no dia 30 de julho de 2012 consta às fls. 187.

Desta forma, se ausentando desde o dia 31 de julho de 2012, está a CAP ALINE (...) incursa nas penas do artigo 187 do Código Penal Militar. Assim, requer o Parquet *o recebimento e autuação da presente denúncia, para que se aguarde a captura ou apresentação voluntária do desertor, a fim de que seja a mesma processada nos termos previstos no artigo 455 do CPPM,*

dando-se prosseguimento à presente ação penal, que ao final deve ser julgada procedente, com a consequente condenação (...)".

- Parte de Ausência, fl. 02;

- Inventário de Bens, fl. 06.

Cronologicamente, os fatos ocorreram da seguinte forma:

- Em 1º/7/2010, iniciou-se a LTIP da Oficial.

- Em 30/6/2012 (sábado), data prevista para o término da LTIP da Oficial; porém, ela se apresentou na segunda-feira seguinte, fl. 78.

- Em 2/7/2012, segunda-feira, foi feito o pedido de transferência para a reserva remunerada, por ter ultrapassado dois anos de Licença para Tratamento de Interesse Particular, fl. 80, sendo indeferido, por falta de coerência entre o requerido e a legislação mencionada, fl. 193.

- Em 13/7/2012, a militar ingressou com uma Ação de Obrigação de Fazer, cumulada com pedido de Antecipação de Tutela, na Justiça Federal do estado do Rio de Janeiro, visando à transferência para reserva remunerada de ofício, fls. 38/49. Sabe-se, até o momento, que a tutela antecipada já foi negada, fls. 96/99.

- Em 26/7/2012, a Apelante ingressou com o pedido de demissão, fl. 29, sendo também indeferido, por não ter observado os trâmites legais para a concessão, fls. 30 e 193. Nessa data, também, a acusada havia informado ao Sgt PEÇANHA, auxiliar do PGED (Seção de Pós-Graduação e Engenharia de Defesa), que iria viajar para os Estados Unidos.

- Em 27/7/2012, juntou-se cópia de e-mail enviado pela OM à Oficial, alertando-a de que deveria se apresentar, sob pena de incorrer em crime de deserção, fls. 09/11.

- Em 30/7/2012, a Oficial compareceu ao quartel (IME), pela manhã, para se submeter à Inspeção de Saúde, fls. 171/172 e 187. Na ocasião, o servidor civil HÉLIO, da Seção de Saúde, informou à referida militar que esta deveria comparecer à Secretaria da PGED para falar com o Cel RICARDO FIGUEIREDO MACHADO, fl. 370.

- Ainda em 30/7/2012, quase um mês após ter retornado da LTIP, a militar se submeteu a Inspeção de Saúde, não restando claro se foi

para fins de controle periódico de saúde, fls. 187 e 370, ou para fins de demissão, fl. 371, pois existem as duas versões nos autos, fl. 13.

- Em 1º/8/2012, a Oficial foi considerada ausente, conforme Parte de Deserção, fl. 07.

- Em 3/8/2012, cópia de e-mail enviado pela OM à Oficial, lembrando-a, mais uma vez, de que deveria se apresentar ao quartel, sob pena de incorrer em crime de deserção, fl.12.

- Em 6/8/2012, houve resposta da acusada, também por e-mail, informando que o assunto da demissão deveria ser tratado com o advogado que ela havia constituído, fl. 13.

- A acusada, residente em Miami, enviou um telegrama para o Comandante do IME, informando que havia se apresentado à Unidade Militar no dia 26/7/2012 e requerido o pedido de demissão na manhã daquele dia. Ressaltou, ainda, que fez a Inspeção de Saúde para fins de demissão na OM, no dia 30/7/2012, e que as informações complementares sobre o processo de demissão fossem tratadas com o advogado que aquela havia constituído e, por fim, mencionou o endereço de sua residência nos Estados Unidos, fl. 357.

- Em 9/8/2012, lavrou-se o Termo de Deserção, fl. 14, e, em 03/09/2012, publicou-se a agregação da Militar, fl. 170.

- Em 15/1/2013, constam nos autos Ofício emitido pelo Comando do IME, informando que a militar estava em LTIP até o dia 30/6/2012 e cumpriu o expediente no mês de julho de 2012, até sua ausência a partir do dia 31/7/2012, fl. 158.

- Em 28/2/2013, juntou-se a Folha de Alterações, fls. 171/178.

- Em 31/7/2013, a Denúncia foi recebida, para que se aguardasse a captura ou apresentação da acusada, fl. 223.

- Em 2/8/2013, o Juízo da 4ª Aud/1ª CJM, atendendo a pedido da Promotoria de Justiça Militar, fls. 232, encaminhou Ofício à Polícia Federal determinando a prisão da denunciada, fl. 228.

- Em 8/8/2013, foi publicada a demissão de ofício da acusada, por estar, há mais de um ano, na condição de agregada e desertora, de acordo com o art. 115 e art. 128, § 1º, ambos da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), fl. 249.

- Em 28/3/2014, a acusada foi presa pela Polícia Federal, quando desembarcava no Aeroporto Internacional do Galeão/RJ com o marido e a filha, fl. 254; teve o passaporte retido, ficando sob os cuidados do IME, fl. 348; foi encaminhada à referida OM, fl. 288, submetida, pela segunda vez, à Inspeção de Saúde, fl. 483; reincluída; Agregada, fl. 477, e emitida a Nota de Culpa, fl. 288.

- No mesmo dia, em 28/3/2014, foi concedida a Menagem à acusada, ressaltando o direito à amamentação ou permanência da criança junto à ré, fl. 255.

- Em 3/4/2014, a Defesa pleiteou a concessão de liberdade provisória para a acusada, visando fornecer melhores condições à filha dela, que, à época, tinha seis meses de idade. Na ocasião, requereu também a extinção do processo penal militar por falta de procedibilidade da ação penal, qual seja, a condição de militar da ativa da acusada, fls. 260/270;

- Em 4/4/2014, foi concedida liberdade provisória, fl. 297, e expedido Alvará de Soltura, fls. 301 e 306;

- Em 25/4/2014, a acusada requereu novo pedido de demissão do serviço ao Diretor de Serviço Militar (DSM), sendo outra vez indeferido, fls. 350, 353/354.

- Em 19/5/2014, juntaram-se aos autos vários documentos, fls. 318/341, comprovando a realização, por parte da acusada, de duas cirurgias para retirar miomas (em 12/03/2010, fl. 320, e em 20/10/2011, fl. 328) e um aborto de treze semanas (em 22/03/2012), fl. 338.

- Após ter sido citada, em 19/5/2014, fl. 312, a acusada, ao comparecer perante o Conselho Especial de Justiça para ser qualificada e interrogada, fls. 365/367, declarou que tinha pedido o desligamento e não havia sido atendida. Que não tomou conhecimento do indeferimento de seu pedido porque viajou para os Estados Unidos. Que havia conseguido uma Licença de dois anos para Tratar de Interesse Particular.

Ressaltou que não se sentiu à vontade para comentar os problemas de saúde com seus superiores. Que, ao término da Licença, deveria se apresentar no sábado, mas, como não havia expediente, apresentou-se na segunda-feira seguinte. Que o endereço repassado pela depoente à OM, no Rio de Janeiro, era de sua genitora. Que, durante o período da Licença, permaneceu na sua residência na cidade de Miami/EUA. Que, por e-mail, disse que se apresentou à OM e pedido demissão. Que, no

ano de 2010, foram constatados nela vários miomas. Que, posteriormente, conseguiu engravidar e, ainda assim, os miomas continuaram a aparecer.

Lembrou que, na ocasião, teve medo e entendeu que não teria receptividade na sua OM. Que, à época, soube pela sua médica, nos Estados Unidos, que corria riscos de perder o útero. Que tinha ciência de que teria de indenizar o Exército. Que o marido morava e trabalhava em Miami e, por isso, não podia se ausentar daquele País. Que a tal médica havia dito que colocaria no Parecer, que esta depoente estaria apta para o SAM (Serviço Ativo Militar). Que informou à médica da realização do exame de saúde para fins de demissão.

Esclareceu que, quando foi submetida à Inspeção de Saúde em 30/07/2012, já tinha sofrido um aborto espontâneo e se submetido às cirurgias. Que não se lembra de ter comentado do aborto e das cirurgias para médica. Que tinha um médico no Rio de Janeiro antes de ir para os Estados Unidos. Que já tinha sangramentos antes de viajar, mas entendeu não ser nada sério. Que, no Rio de Janeiro, o médico entendeu tratar-se de miomas. Que só tomou consciência da real dimensão do problema, quando estava em Miami/EUA. Por fim, soube que havia sido demitida de ofício do Exército, enquanto se encontrava nos Estados Unidos no ano de 2013.

Como testemunhas de acusação, prestaram depoimento em Juízo o:

- Cel Ex RICARDO FIGUEIREDO MACHADO, fls. 368/369. Na ocasião, o ora depoente declarou que era, juntamente com a acusada, adjunto da diretoria de pós-Graduação em Engenharia de Defesa. Que, quando a acusada passou a situação de ausente, o Comandante do IME determinou que fossem encaminhados *e-mails*. Que tempos depois, quando já estava na condição de desertora, a acusada respondeu ao *e-mail*. Que a acusada havia dito que achava estar grávida. Que o Comandante do OM percebeu que o pedido de demissão não trazia os anexos necessários. Que, diante do indeferimento do pedido de demissão, orientou a acusada a verificar a legislação do ano de 2012.

Esclareceu também que, quando o pedido de demissão está correto, segue para Brasília/DF. Por fim, informou à acusada que essa

não tinha tempo para requerer a reserva remunerada, mas poderia pedir demissão, considerando que ela pretendia morar com o marido nos Estados Unidos.

- Servidor civil HÉLIO EDUARDO DOS SANTOS BASTO, fl. 370, o qual asseverou que a acusada foi submetida à Inspeção de Saúde, por ter retornado da Licença. Que o sargento da Seção da acusada pediu ao depoente para informá-la de que, após o exame, deveria procurar o Cel FIGUEIREDO, não sabendo informar se ela assim o fez.

- Sgt Ex JULIO PEÇANHA DO NASCIMENTO, fl. 371, que declarou saber que a Inspeção de Saúde da acusada visava à demissão.

Na condição de testemunha de Defesa, prestaram depoimento:

- DARIO RODRIGUES DE OLIVEIRA, fl. 372, o qual declarou que, na condição de médico, disse à acusada que esta tinha miomas e sangramentos. Que avisou a acusada da possibilidade de perder o útero e que o tratamento de mioma consistia em retirá-lo. Que, nos Estados Unidos, os médicos realizaram na acusada um excepcional trabalho de recuperação clínica. Que o problema da acusada era delicado e que as mulheres não falam do assunto com facilidade. Que soube do aborto espontâneo sofrido pela acusada, quando essa se encontrava nos Estados Unidos, provavelmente em razão dos miomas. Que, posteriormente, a acusada conseguiu levar uma gestação até o término. Que isso foi um verdadeiro milagre.

- ISABELLA DA SILVA MARTINS, fl. 373, declarando que conheceu a acusada no Exército, onde era temporária. Que nadava pelo Exército com a acusada. Que, à época da natação, a acusada havia dito que não estava bem, pois sentia "um certo" desconforto. Que a acusada pretendia pedir baixa para ir com o marido para os Estados Unidos. Que a acusada era cumpridora de seus deveres.

Em Sessão de Julgamento realizada no dia 1º/07/2014, fl. 374, o MPM, em sustentação oral, ressaltou que, para se incorrer em deserção, era preciso configurar o elemento subjetivo, ou seja, a intenção livre e espontânea de abandonar a Força Militar. Observou que houve inúmeras falhas administrativas no processo, as quais levaram a acusada a desertar. Lembrou que, na situação em que a acusada se encontrava, não tinha condições de discernir sobre incorrer ou não no referido crime. Por isso, pugnou pela absolvição da acusada, pela aplicação do Estado de Necessidade, como excludente da culpabilidade, nos termos do art. 39 do CPM.

A Defesa, também sustentando oralmente durante o julgamento, esclareceu que, quando a acusada fez o pedido de demissão, tentou prestar contas. Lembrou que a acusada foi diretamente para os Estados Unidos, sem aguardar os quarenta e cinco dias para a resposta do pedido de demissão, devido aos graves problemas de saúde, conforme laudos constantes às fls. 317/341. Aduziu que a permanência da acusada no Brasil acarretaria uma possibilidade real de divórcio, pois o marido residia nos Estados Unidos. Concluiu que a acusada tem o direito de se desligar da Força.

Ressaltou, ainda, a Defesa que a acusada foi demitida de ofício, encerrando o vínculo com a Administração Militar. Entretanto, foi presa no aeroporto do Galeão pela Polícia Federal quando retornava dos Estados Unidos e reincluída ao Exército Brasileiro. Invocou o entendimento do Supremo Tribunal Federal para frisar que a reinclusão, em casos de demissão de ofício, não se aplica mais. Esclareceu que, em 25/04/2014, a acusada requereu, novamente, sua demissão, sendo outra vez indeferida, por impossibilidade legal do pedido, fls. 353/354. Por fim, pugnou, a exemplo do MPM, pela absolvição da acusada, nos termos do art. 39 do CPM, para aplicar a excludente do Estado de Necessidade.

Na Sentença, fls. 379/389, o Conselho Especial de Justiça ressaltou que a acusada havia se apresentado dois dias após o término da Licença para Tratamento de Interesse Particular, ocasião em que pediu reserva remunerada, tendo sido indeferido o pedido. Asseverou que, posteriormente, pediu demissão, no que também foi indeferido. Lembrou que a acusada informou ser residente em um endereço no bairro de Jacarepaguá. Entretanto, quando foi realizada diligência no endereço indicado, não se localizou qualquer pessoa no referido imóvel.

Esclareceu que o Cel RICARDO encaminhou *e-mails* para a acusada, mas não obteve respostas. Salientou que, posteriormente, no dia 06 de agosto de 2012, a acusada respondeu, também por *e-mail*, dizendo que o pedido de demissão estava correto, pois havia sido feito nos mesmos moldes do pedido que fizera para a reserva remunerada. Acentuou que a acusada foi avisada de que ainda era uma Oficial do Exército e, por isso, poderia incidir no crime de deserção. Porém, aquela militar resolveu permanecer em Miami, por sua conta e risco, até que, no dia 09 de agosto de 2012, foi lavrado o Termo de Deserção. Mencionou que não foi apresentada nenhuma excludente de ilicitude

ou de culpabilidade, tanto que a acusada foi considerada apta para o serviço ativo, em inspeção de saúde.

Aduziu também o referido Conselho que não há qualquer dúvida de que o fato era típico, antijurídico e culpável, além de ter deixado o território nacional sem autorização superior, exigível a uma militar. Ressaltou que o tratamento de mioma já tinha sido realizado, tendo engravidado pela segunda vez com êxito. Sustentou que não caberia o Estado de Necessidade, como excludente de culpabilidade, haja vista que recebeu por parte dos superiores atenção e compreensão. Prova disso foi a concessão da licença para tratar de interesse privado por dois anos, tendo a militar excedido o prazo, numa prova de desconsideração com a Corporação. Por fim, condenou a acusada, por maioria, à pena de 06 meses de detenção, nos termos do art. 187 do CPM, e com o direito de apelar em liberdade.

Inconformados com a Sentença condenatória, recorreram, tempestivamente, a Defesa, fl. 396, e o "Parquet" Militar, fl. 397, ambos visando à absolvição da acusada.

Em suas razões, fls. 400/436, a Defesa observou que a Sentença deixou de analisar questões essenciais como, por exemplo, havendo a demissão de ofício da militar, como poderia ter ocorrido a reinclusão dela no serviço ativo? Formulado novo pedido de demissão, após ter sido presa e reincluída, a Administração Militar poderia ter indeferido? Ademais, ressaltou que, conforme os Laudos Médicos, a acusada vinha apresentando problemas de menorragia, desde 2008, e hemorragias, continuamente, desde 2010, sendo-lhe extraídos diversos miomas por meio de cirurgias.

Asseverou que esse era o quadro que marcou o retorno de licença da acusada. Alertou que o aborto espontâneo não gera apenas um problema físico momentâneo, mas acarreta, também, um abalo psicológico real e duradouro.

A Defesa continuou esclarecendo que a acusada pediu demissão, efetuou o exame de saúde, despediu-se de todos no quartel, finalizou todas as suas atividades e retirou seus pertences, visando retornar aos Estados Unidos para prosseguir com urgência o seu tratamento, tendo em vista que apresentava um problema sério e atual de saúde, que poderia levá-la a perder o útero e ficar impossibilitada de ter filhos.

Salientou que a acusada não teve a intenção de incorrer no crime de deserção, pois havia pedido demissão.

Alegou que o pedido de demissão não pode ficar sujeito a qualquer atuação do empregador, no caso, o Exército Brasileiro. Asseverou que o Comandante da OM, quando se declarou incompetente sobre o pedido de demissão, deveria tê-lo encaminhado ao setor competente e não o indeferido de plano. Frisou que o pedido de demissão ocorreu em 26/07/2012, considerando-se desligada da OM quarenta e cinco dias após o pedido, nos termos do art. 95 do Estatuto dos Militares. Assim, concluiu que, antes mesmo do oferecimento da denúncia, já não existia condição de procedibilidade da persecução penal.

Afirmou que a acusada foi demitida de ofício em 13/09/2013, tornando-se impossível o retorno dela ao serviço ativo. Ressaltou que, com a alteração do art. 454, § 1º, do CPPM, pela Lei Federal nº 8.236/91, deixou de prever a possibilidade de reinclusão no serviço ativo do Oficial demitido de ofício, permitindo que apenas o agregado possa ser processado pelo crime de deserção. Mencionou decisão do Supremo Tribunal Federal, entendendo que não há mais a figura da demissão de ofício, com posterior reinclusão, bem como que acusada só poderia retornar ao Exército Brasileiro se prestasse novo concurso público, sob pena de violar o art. 37, inciso II, do Texto Constitucional, que proíbe o provimento derivado.

Lembrou que a acusada fez novo pedido de demissão, após ter sido reincluída, em 25/04/2014, sendo igualmente indeferido. Ressaltou que o Comandante da Unidade invocou norma que trata da transferência remunerada para indeferir o pedido de demissão da acusada, ou seja, invocou norma que não se aplica ao caso de demissão. Entendeu que a acusada agiu premida pelo Estado de Necessidade, fazendo-se presente a excludente de culpabilidade prevista no art. 39 do CPM. Mencionou que o próprio Ministério Público Militar também pediu a absolvição. Por fim, pugnou pela absolvição ou, caso seja mantida a condenação, que seja aplicada a detração do período de oito dias cumprido em menagem no quartel.

O "Parquet" Militar também recorreu, fl. 437, sustentando, preliminarmente, que os presentes autos estão eivados de vícios insanáveis, sendo nulo de pleno direito, por preterição de formalidade essencial à constituição regular do processo, a contar do dia 08 de agosto de 2013, quando ocorreu a demissão de ofício da acusada.

Esclareceu que a qualidade de militar é requisito especial e indispensável tanto para a instauração da ação penal quanto para o prosseguimento da relação processual nos casos de deserção de Oficial. Frisou que a figura da demissão de ofício, prevista no art. 128 do Estatuto dos Militares, com posterior reinclusão, foi derrogada pela Lei nº 8.236/91, que deu nova redação ao § 1º do art. 454 do CPPM. Por último, afirmou que é nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal, acompanhada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, o MPM ressaltou que a conduta da acusada não se coaduna com o dolo de deserção, uma vez que adotou as providências para sua demissão do serviço ativo. Entendeu que, por questões de "má vontade" e por "senões administrativos", a autoridade administrativa militar, em vez de corrigir de ofício os pequenos "senões" no requerimento, preferiu instaurar outro procedimento administrativo e consequente instauração de um processo criminal. Salientou que a Sentença encontra-se totalmente divorciada da prova produzida nos autos, tanto que o Membro do Ministério Público Militar requereu, em sustentação oral, a absolvição da acusada com base no art. 439, alínea "d", do CPPM. Por derradeiro, pugnou pela decretação da nulidade do processo e, de ofício, que o feito fosse extinto sem julgamento do mérito. Caso o mérito seja apreciado, que a acusada seja absolvida nos termos do art. 439, alínea "b" ou "d", todos do CPPM.

O MPM informou não ter interesse de se manifestar em contrarrazões, tendo em vista que também requereu a absolvição, fl. 437. Já a Defesa, concordando com o Órgão Ministerial, pugnou pela extinção do processo sem o julgamento do mérito ou, uma vez o aprecie, pela absolvição da acusada, fl. 447.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI, ressaltou que a Instituição Militar indeferiu o pedido de demissão da Apelante escorada em uma mera questão procedimental, qual seja, o fato de o pedido de demissão ter sido encaminhado à pessoa errada e não estar acompanhada de toda a documentação exigida. Acentuou que, não obstante essa manifestação expressa da Oficial, de não mais querer integrar os quadros da caserna, a Instituição Militar insistiu na sua permanência, aduzindo questões meramente burocráticas para não implementar o desejo da ré. Por fim, opinou pelo trancamento do presente feito mediante *Habeas Corpus* de ofício ou

o provimento de ambos os Apelos, haja vista que não se vislumbrou o dolo de desertar na conduta da acusada, fls. 460/464.

Distribuída esta Apelação, a Defesa da ré se manifestou nos autos, requerendo sustentação oral do referido recurso, que foi deferido por este Relator, fl. 468.

Também, após solicitação deste Relator perante o IME e posterior recebimento de documentos da mencionada Unidade Militar, juntaram-se aos autos, em 4/11/2014, cópias da Ata referente à segunda inclusão, em 28/3/2014, fl. 477; agregação, na mesma data, fl. 480 e Inspeção de Saúde, em 7/4/2014, fl. 482, após ter sido presa no Aeroporto do Galeão no dia 28/3/2014.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Tanto a Defesa quanto o MPM apelaram contra a Sentença que condenou a acusada Cap Ex ALINE MENEZES DOS SANTOS à pena de 06 (seis) meses de detenção por crime de deserção, previsto no art. 187 do CPM, ambos pugnando, em síntese, pela absolvição.

De início, analisemos a preliminar suscitada pelo representante do Ministério Público Militar.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO SUSCITADA PELO MPM

O "Parquet" Militar sustenta, preliminarmente, que o presente feito apresenta vício insanável, sendo nulo de pleno direito, por preterição de formalidade essencial à constituição regular do processo, a contar do dia 08/08/2013, quando ocorreu a demissão de ofício do serviço ativo da Cap Ex ALINE MENEZES DOS SANTOS.

Durante o julgamento na 4ª Auditoria da 1ª CJM, o Promotor de Justiça Militar chegou a alertar, em sustentação oral, que houve inúmeras falhas administrativas ao longo do processo e, por isso, pugnou pela absolvição.

Analisando os autos e, considerando o entendimento dos Tribunais sobre a matéria, principalmente do Supremo Tribunal Federal, assiste

razão ao Ministério Público Militar porque foi, de fato, a partir da demissão de ofício e posterior reinclusão da Apelante que surgiram os vícios mais significantes no processo ora em colação.

Tais irregularidades ocorreram em razão da mudança ocorrida no art. 454, § 1º, do CPPM, pela Lei nº 8.236/91, bem como devido ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, quando julgou o RHC nº 76.098-PA, em 16/11/1999, derrogando os arts. 82, inciso VIII, e 128, § 3º, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80).

Entretanto, para melhor compreensão, faz-se necessário o resumo dos fatos.

Primeiramente, em 1º/7/2010, iniciou-se a LTIP da Oficial, com término para 30/6/2012 (sábado); em 2/7/2012, a Oficial se apresentou pronta para o serviço, fl. 119, e, nesse mesmo dia, pediu a transferência para a reserva remunerada, sendo indeferido por falta de amparo legal, fl. 193; depois, em 26/7/2012, foi feito um pedido de demissão, fl. 29, sendo indeferido pelo Comandante do IME porque a Apelante, além de não ter apresentado cópias dos documentos pessoais, não encaminhou o pedido para o Diretor de Serviço Militar, fls. 30/31.

Em 30/7/2012, quase um mês após ter retornado da LTIP, a militar se submeteu à Inspeção de Saúde, não se sabendo se foi para controle periódico de saúde, fls. 187 e 370, ou para fins de demissão, fl. 371, pois existem as duas versões nos autos, fl. 13; posteriormente, em 9/8/2012, lavrou-se o Termo de Deserção, fl. 14; e, em 3/9/2012, publicou-se a agregação da Militar, fl. 170.

Conforme pode se observar, a transferência para a reserva remunerada (em 2/7/2012) e o primeiro pedido de demissão (em 26/7/2012) foram requeridos antes da lavratura do Termo de Deserção (em 9/8/2012).

A Denúncia foi recebida em 31/7/2013, fl. 223; alguns dias após, em 8/8/2013, a Apelante foi demitida de ofício, fls. 241 e 249; cerca de um mês após a demissão, ou seja, em 17/9/2013, a Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM encaminhou à Polícia Federal pedido de prisão da Apelante, fl. 234.

Pouco mais de sete meses depois, em 28/3/2014, a Apelante foi presa no Aeroporto Internacional do Galeão, quando chegava dos Estados

Unidos com o marido e a filha, fl. 254; foi encaminhada ao IME; submetida à segunda Inspeção de Saúde, fl. 482; reincluída, agregada, fl. 477.

Ainda em 28/3/2014, foi concedida menagem, fls. 255/256, e, em 4/4/2014, a liberdade provisória, fl. 297, e posterior expedição do Alvará de Soltura, fls. 301 e 306; em 25/4/2014, a acusada requereu, novamente, a demissão do serviço e, dessa vez, endereçou à Diretoria de Serviço Militar, fl. 350, sendo igualmente indeferido pelo Comandante do IME, antes mesmo de chegar àquele Setor, por impossibilidade legal do pedido, tendo por base os arts. 393 e 394, ambos do CPPM, e o § 3º do art. 128 da Lei nº 6.880/80, que trata do Estatuto dos Militares, fls. 353/354.

Com relação ao indeferimento do pedido de demissão com base no § 3º do art. 128 do Estatuto dos Militares, cabe lembrar que esse dispositivo foi derrogado, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, e não poderia ter sido aplicado ao caso em exame. Quanto aos arts. 393 e 394, do CPPM, também não se aplicam ao caso em tela, tendo em vista que ambos os dispositivos se referem à proibição de transferência para a reserva. O requerimento da Apelante, que, frise-se, mais uma vez, foi indeferido, tratou de pedido de demissão e não de reserva remunerada. Verificou-se, então, que a Administração Militar pautou-se em legislação derrogada para indeferir o segundo pedido de demissão.

Como restou demonstrado, após o indeferimento do pedido de reserva e do pedido de demissão, a Apelante foi efetivamente demitida, não porque havia requerido, mas demitida "ex officio", conforme a Portaria nº 209-DGP, com a seguinte redação, fl. 249:

> *"**O CHEFE DO DEPARTAMENTO-GERAL DO PESSOAL** (...) resolve:*
>
> ***DEMITIR*** ex officio *do serviço ativo do Exército, com indenização à União Federal, a contar de 8 de agosto de 2013, a Cap QEM (...) ALINE MENEZES DOS SANTOS, por estar a mais de um ano na condição de agregada e desertora."*.

Tal demissão foi fundamentada nos termos do § 1º do Art. 128 da Lei nº 6.880/80, que prevê:

> *"Art. 128. A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a consequente demissão* ex officio *para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.*

> *§ 1º A demissão do oficial (...) processar-se-á após 1 (um) ano de agregação, se não houver captura ou apresentação voluntária antes desse prazo.".*

Contudo, ao ser presa e reincluída no mês de março do corrente ano, a Administração Militar não atentou para a alteração no § 3º do art. 454 do CPPM, ocorrida com a vigência da Lei nº 8.236, no ano de 1991, que passou a dispor:

> *"Art. 454, § 3º, do CPPM: O oficial desertor será agregado, permanecendo nessa situação ao apresentar-se ou ser capturado, até decisão transitada em julgado.".*

Ora, a considerar a derrogação do referido artigo, a Apelante jamais poderia ter sido presa e reincluída para se ver processar por crime de deserção, eis que faltaria a condição de procedibilidade para iniciar a ação penal e condição de prosseguibilidade para dar continuidade à relação processual.

Se a Administração Militar pretendia ver a militar denunciada e condenada, nos termos do art. 187 do CPM, bastava não a ter demitido de ofício, nos termos da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares), mantendo-a agregada até o fim do processo, como passou a determinar o § 3º do art. 454 do CPPM e o próprio STF que, com base no art. 37, inciso II, da CF/88, proibiu o provimento derivado, permitindo a investidura na Corporação por meio de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.

Nesse sentido, já decidiram em casos semelhantes o:

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

> ***"EMENTA:* HABEAS CORPUS. *DESERÇÃO DE OFICIAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE.***
>
> *Constrangimento ilegal configurado nas decisões do Juiz-Auditor, já que ausente requisito fundamental para processar e julgar alguém pelo crime de deserção, (qual seja) ser militar. (...) o Juízo da 1ª Vara Federal (...) julgou procedente (...) a referida ação ordinária para* ***determinar*** *que a União Federal procedesse ao* ***desligamento*** *do autor do* ***Quadro de Engenheiros Militares*** *e* ***determinasse*** *a ré (União Federal)* ***abster-se de*** *colocar* ***qualquer óbice ou impedimento*** *no que se refere* ***às atividade-***

des laborativas civis do autor, *garantindo-lhe a possibilidade de firmar contrato com a iniciativa privada (...)* ***antes mesmo do desligamento oficial do Exército Brasileiro****...".* (**HC nº 81-44.2009.7.00.0000/RJ, Publ em 28/05/2010, Min Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo**) (Grifo nosso).

.....

"A qualidade de militar da ativa é pressuposto essencial para que alguém seja processado por crime de deserção. Perdida tal condição, deixa de existir interesse em restabelecer a violação contra o serviço e o dever militares. Preliminarmente, julgado prejudicado o pedido, por perda de condição de procedibilidade, concedendo-se habeas corpus *de ofício, para tornar sem efeito a condenação, arquivando-se o feito. Decisão unânime.".* **(Apel nº 049511-0, Publicado em 20/4/2004, Min. Gen Ex Valdésio Guilherme de Figueiredo)** (Grifo nosso).

Em outro julgamento, envolvendo Oficial da Marinha, esta Egrégia Corte Castrense decidiu que:

"EMENTA. **HABEAS CORPUS.** ***DESERÇÃO. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PROCEDIBILIDADE. NULIDADE.***

O crime de Deserção, como é de conhecimento cediço, é um crime essencialmente militar, vale dizer, é um crime que tem como sujeito ativo pessoa legalmente qualificada como militar. ***Também é de conhecimento cediço que a condição objetiva de procedibilidade é requisito especial e indispensável tanto para a instauração da actio (ação) quanto para o prosseguimento da relação processual****.* **In casu***, (...)* ***fora demitido*** **ex officio***, só sendo reincluído* **e** ***agregado*** *em* ***data posterior ao recebimento da Exordial Acusatória****. Assim, sem a qualidade de militar, especial vinculação jurídica do Paciente com a Administração Militar, tornou-se insubsistente a relação processual, impondo-se, a concessão da ordem para anular o processo, (...), inclusive, por preterição de formalidade essencial. Ordem concedida.".* **(HC nº 33.237-5/PA, Julgado em 27/5/1997, Min. Gen Ex Edson Alves Mey)** (Grifo nosso).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*"**Militar: Demissão*** **Ex-officio e** ***Reinclusão***

O militar ***desertor****, demitido* **ex-officio** *na vigência da Lei 6.880/80,* ***não pode mais ser reincluído*** *no serviço ativo* **e**

> ***agregado*** *com base nos* ***arts. 82, VIII e 128, § 3º da referida Lei*** *– que estabelecia que o militar demitido em face de sua deserção poderia ser reincluído e agregado, caso se apresentasse voluntariamente ou fosse capturado –,* ***tendo em vista que a CF/88 veda*** *o* ***provimento derivado*** *(CF, art. 37, II) e que a* ***superveniência da Lei 8.236/91****, que alterou o* ***art. 454, § 1º do CPPM****,* ***excluiu*** *a figura da* ***demissão*** **ex-officio***,* ***com posterior reinclusão****,* ***para admitir somente a agregação*** *('O oficial desertor será agregado, permanecendo nessa situação ao apresentar-se ou ser capturado, até decisão transitada em julgado.').(...). A Turma considerou que* ***o recorrente não poderia*** *ser* ***compulsoriamente reincluído no serviço*** *ativo, e, por isso,* ***não lhe poderia ser imputado crime tipicamente militar****.".* (**RHC 76.098-PA, rel. Min. Néri da Silveira, julg em 16/11/1999**). (Grifo nosso).
>
> **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 1ª Região**
>
> *"De acordo com a sistemática vigente (****art. 454, § 1º, do CPPM, com a redação dada pela Lei 8.236/91****),* ***não mais existe a figura da reinclusão automática do militar às Forças Armadas após sua demissão*** **ex officio**. *Existência, na espécie, de decisão proferida pelo eg. Supremo Tribunal Federal em* habeas corpus *impetrado pelo autor, cujos efeitos jurídicos se irradiam, necessariamente, para esta ação (...). A conduta ilícita da Administração Militar, de promover a reinclusão de quem não poderia ter sido reincluído, enseja a responsabilidade objetiva do Estado...".* (**Apel. Cível nº 0027023-38.2000.4.01.3400/DF, Desemb Federal José Amilcar Machado, publ 15/7/2008**) (Grifo nosso).

Ademais, conforme bem frisou o Ministério Público Militar, em suas razões recursais, nessa Apelação, a Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, ao tomar conhecimento da demissão de ofício da desertora, deveria ter promovido o arquivamento do processo, tendo em vista que o rito especial previsto na norma processual penal militar é taxativa quanto à exigência da qualidade de militar para se instaurar a ação penal e para se prosseguir na relação processual.

Continuou o nobre Promotor, esclarecendo que mesmo na hipótese de existir a Portaria expedida pela Autoridade Administrativa Militar, reincluindo a civil, não há mais fundamento legal, visto que a figura da

demissão "ex officio", com posterior reinclusão prevista no art. 128 do Estatuto dos Militares, foi derrogada pela Lei nº 8.236/1991, que deu nova redação ao § 1º do art. 454 do CPPM.

Assim, a Lei Adjetiva Castrense passou a determinar que apenas o oficial agregado poderá ser processado pelo crime de deserção, não mais se aplicando àquele que for preso e reincluído.

Sobre o tema, vale ressaltar o que ensina CÉLIO LOBÃO:

> *"Em 27.05.1997, após a citada Lei 8.236/1991, o STM concedeu* habeas corpus *a oficial desertor que foi demitido* ex officio. *Acrescenta a ementa do acórdão que o oficial 'não possuía a qualidade de militar, tendo em vista que fora demitido* ex officio*, só sendo reincluído e agregado em data posterior ao recebimento da exordial acusatória. Assim sendo, sem a qualidade de militar, especial vinculação jurídica do paciente com a administração militar, tornou-se insubsistente a relação processual, impondo-se a concessão da ordem para anular o processo a partir da denúncia. (...). Como se vê, o dispositivo do Estatuto dos Militares (art. 128, § 1º, da Lei 6.880/1980), que autorizava a demissão do oficial, não foi recepcionado pela Constituição. Como consequência, não há demissão, o desertor continua no serviço ativo, apenas dele afastado temporariamente, por encontrar-se agregado, em decorrência da deserção' (...)".* (**Direito Processual Militar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010).**

> *"Logo, de clareza meridiana, se o desertor, oficial, (ou) praça estável (...) perderem a qualidade de militar da ativa, requisito indeclinável, 'para o exercício da pretensão punitiva', falta justa causa para propositura da ação penal, para prosseguimento do processo condenatório ou executório, conforme o caso. A denúncia será rejeitada pelo Juiz. O processo condenatório será extinto (...). Irrelevante o motivo determinante da perda da condição de militar da ativa.".* (**Direito Processual Militar. São Paulo: Editora Método, 2009).**

Não foi outro o entendimento do Representante da PGJM Dr. ALEXANDRE CONCESI, que, em seu Parecer, esclareceu:

> *"No caso presente, há uma outra agravante em relação a este processo de deserção, uma vez que a ré foi demitida do serviço do Exército conforme Portaria nº 209/DGP (...).*

> *Nesse particular, tem sido reiterada a jurisprudência dessa Corte, em relação à qual guardamos reservas, no sentido de que o processo por crime de deserção só pode ter continuidade se o militar conservar essa qualidade no decorrer do feito. Não é o caso da presente hipótese.".*

Por outro lado, nunca é demais lembrar que as atitudes tomadas pela Oficial ALINE, as quais culminaram com a consumação do crime de deserção, afrontaram a hierarquia e disciplina, princípios basilares que sustentam as Forças Armadas. Entretanto, esse delito poderia ter sido evitado se a Administração Militar, sensível ao desejo demonstrado pela acusada em não querer continuar na Corporação, tivesse sanado as irregularidades do primeiro pedido de demissão.

Em que pese a Acusada ter recebido instrução sobre normas de comportamento e conduta na caserna e estivesse ciente dos trâmites administrativos para ser liberada em definitivo, mas que, na ânsia de se ver livre da Corporação, veio a cometer erros, considerados grosseiros, por não proceder conforme os padrões exigidos e esperados de uma Oficial Militar – como por exemplo não anexar cópias de documentos pessoais ao pedido de demissão e se ausentar da Instituição Militar e do País sem a devida autorização –, torna-se forçoso anular o presente feito, ante as falhas processuais e administrativas já mencionadas.

Diante das razões apresentadas, e considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário vigente, além das manifestações do MPM e PGJM, concordando com a Defesa, conclui-se que, com a demissão de ofício da militar, ocorreu o rompimento em definitivo entre a Oficial e a Corporação, tornando-se impossível o retorno dela ao serviço ativo, salvo por meio de novo concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 32, inciso II, da atual Constituição Federal.

Ante o exposto, acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo Ministério Público Militar, para anular o presente feito, desde a demissão de ofício, por falta de condição de procedibilidade da Ação Penal, referente à ALINE MENEZES DOS SANTOS, Cap Ex, e concedo *Habeas Corpus* de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, determinando, em definitivo, o arquivamento dos autos sem renovação, com base no art. 470, c/c o art. 467, alíneas "c" e "i", art. 468, alínea "c", e art. 500, inciso II, tudo do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar suscitada pelo "Parquet" Militar, para anular o feito, desde a demissão de ofício, por falta de condição de procedibilidade da Ação Penal, e concedido "Habeas Corpus" de ofício, para tornar sem efeito a Sentença condenatória, determinando, em definitivo, o arquivamento dos autos, sem renovação, com base no art. 470, c/c o art. 467, alíneas "c" e "i", art. 468, alínea "c", e art. 500, inciso II, tudo do CPPM.

Brasília, 9 de dezembro de 2014 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 183-56.2011.7.11.2011-DF

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

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

Apelante – Luzimar de Oliveira Silva, Civil, revel, condenado à pena de 3 anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 5º do CPM, com 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 7/11/2013.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO DEFENSIVA. FURTO. CIVIL. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA E DE NULIDADE DE CITAÇÃO REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROVIMENTO. A Justiça Militar é o foro competente para processar e julgar ilícito penal praticado por civil, consubstanciado em furto de patrimônio sob a Administração Militar. Inteligência do art. 9º, inciso III, alínea "a", parte final, do CPM, em perfeita harmonia com o art. 124 da Constituição da República, o qual confere competência a esta Justiça Especializada para julgar os crimes militares definidos em lei. Conforme certidão lavrada por Oficial de Justiça, o Apelante tomou conhecimento pessoalmente dos termos da denúncia e da designação da audiência de qualificação e interrogatório, mas preferiu permanecer inerte, sequer assinando a contrafé e dando ensejo à própria revelia. A citação foi válida e regular, em fiel observância ao art. 279 do CPPM. Uma vez comprovada a ciência do réu da ação penal contra ele intentada, não se verifica qualquer prejuízo à sua defesa. Incorre na figura do art. 240, § 5º, do CPM, como autor mediato, o acusado que, aproveitando-se da inimputabilidade do seu filho, subtrai viatura militar contendo, em seu interior, uma pistola 9 mm e outros bens, avaliados em R$ 4.918,33 (quatro mil novecentos e dezoito reais e trinta e três centavos). A versão do Apelante não se coaduna com as provas materiais e periciais produzidas nos autos, revelando a autoria e a materialidade delituosas. Acertada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em face da elevada gravidade e da alta pericu-

losidade da conduta, além da intensidade do dolo. Preliminares defensivas rejeitadas. Unânimes. Apelação desprovida. Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar da União; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela DPU, de nulidade da citação do Civil Luzimar de Oliveira Silva. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento à Apelação, para manter na íntegra a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos. Presidência do Ministro Fernando Sérgio Galvão, Vice-Presidente, na ausência ocasional da Ministra-Presidente. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Giovanni Rattacaso.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Giovanni Rattacaso. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, William de Oliveira Barros, 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, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. O Ministro José Américo dos Santos encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 54ª Sessão, 12/8/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo civil LUZIMAR DE OLIVEIRA SILVA, revel, contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 7 de novembro de 2013, que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, como incurso no art. 240, § 5º, do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em 30 de março de 2012, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR ofereceu denúncia em desfavor do referido civil, imputando-lhe a prática do ilícito penal previsto no art. 240, § 5º, do CPM, pelos fatos a seguir descritos, *in verbis*:

> *"No dia 11 de agosto de 2011, o Soldado **Adriano da Silva Gomes** dirigia a viatura oficial GM/D20 Conquest, placa*

JDX 7077, cor branca, ano e modelo 1993, pertencente ao Exército Brasileiro e distribuída à 3ª Brigada de Infantaria Motorizada, e era acompanhado pelo 3º Sargento ***Nicanor Santos****. Referidos militares cumpriam uma série de missões administrativas no Distrito Federal.*

Por volta das 15:00 horas daquele dia, o Soldado ***Adriano da Silva Gomes*** *estacionou a viatura em frente à loja ABA, situada na Avenida Comercial Norte, QDN 28, Lote 15, em Taguatinga - DF, permanecendo em seu interior, enquanto o Sargento* ***Nicanor Santos*** *saiu.*

Logo em seguida, o Soldado ***Adriano da Silva Gomes*** *também desceu do carro e se dirigiu à loja ABA, com a finalidade de conseguir ajuda para transportar uma porta para a carroceria da caminhonete, que estava sendo adquirida.*

Nesse ínterim, o menor ***Leonardo Ferreira Veras Silva,*** *com 15 (quinze) anos de idade, que estava circulando naquela região com a finalidade de realizar pequenos furtos, conseguiu adentrar no veículo militar, deu partida com uma chave falsa e se evadiu do local (fls. 94). No interior da caminhonete do Exército estava a pistola 9 mm 975 Beretta, n° 25150, e em sua carroceria, materiais de construção e de expediente (relação de bens e seus respectivos valores - fls. 171/172).*

De acordo com o filme gravado por uma das câmaras de segurança de estabelecimentos comerciais da QI 5, no Setor de Indústria de Taguatinga, o menor ***Leonardo Ferreira Veras Silva*** *estacionou a viatura militar nessa Quadra às 15 horas e 13 minutos, e depois, saiu do carro deixando-o naquele local às 15 horas e 15 minutos.*

No mencionado filme, fica evidente que o menor ***Leonardo Ferreira Veras Silva****, ao descer do carro, verificou que a carroceria estava carregada com materiais diversos. Registre-se também que o veículo militar foi acompanhado por um automóvel branco, que, ao que tudo indica, transportou citado menor depois que ele realizou o furto da caminhonete e estacionou o mesmo naquele local.*

Ainda de acordo com as imagens da câmara de segurança, às 20 horas e 14 minutos daquele dia 11 de agosto de 2011, o automóvel branco foi conduzido de volta ao estacionamento onde estava a viatura militar furtada. Em uma atuação conjunta, pelo menos duas pessoas, sendo uma delas o motorista do veí-

culo branco, deram partida na viatura militar, posto que essa só pegou 'no tranco', e seguiram por um caminho ignorado. Ressalte-se que até aquele momento toda a carga que estava na carroceria da caminhonete, conforme relação dos autos (fls. 171/172), ainda permanecia no mesmo lugar.

Dentre as diligências realizadas durante o Inquérito Policial Militar, a perícia papiloscópica realizada no capô da caminhonete militar, feita pelo Instituto de Identificação do Distrito Federal (fls. 107/108), identificou de forma ***positiva*** *a impressão quiroscópica da região hipotenar da mão esquerda do civil* ***Luzimar de Oliveira Silva****, que é pai do menor* ***Leonardo Ferreira Veras Silva****.*

Posteriormente, no dia 13 de agosto de 2011, a caminhonete militar foi abandonada em local afastado, na Ceilândia - DF, em um lugar conhecido por Setor de Chácaras Myllan. Até esse momento, o menor ***Leonardo Ferreira Veras Silva*** *permanecia com a posse da pistola 9 mm. Depois, no dia 15 de agosto de 2011, o citado menor embrulhou a arma em duas folhas de jornal e a abandonou embaixo de um veículo marca Volkswagen, modelo Santana, placa JDV 2867, que estava estacionado no pátio da 17ª Delegacia de Polícia.*

Dentre os bens furtados, tem-se que a viatura GM/D20 Conquest, placa JDX 7077, avaliada (fls. 169) pelo valor de R$ 34.347,00 (trinta e quatro mil trezentos e quarenta e sete reais), foi localizada e apreendida; e a pistola 9 mm 975 Beretta, n° 25150 foi devolvida. Dessa forma, até o presente momento, o prejuízo suportado pelo Exército Brasileiro equivale a R$ 4.918,33 (quatro mil novecentos e dezoito reais e trinta e três centavos), correspondente aos materiais de construção e de expediente, que quando da subtração do veículo, se encontravam em sua carroceria, a saber: 5 (cinco) sapólios; 10 (dez) pastas catálogo com 100 (cem) plásticos; 1 (um) cartucho HP 901, preto, marca Eucatex; 10 (dez) pastas catálogo com 200 (duzentos) plásticos, marca Universo; 5 (cinco) cartuchos HP 74, marca Universo; 1 (um) cartucho HP 75; 1 (um) cartucho HP 60, preto; 1 (uma) pia inox 1,60x53x11 concretada, marca Ghelpus; 5 (cinco) sacos de cimento comum CPIIZ32RS 50 Kg, marca Tocantins; 24 (vinte e quatro) galões de thinner 5 L, marca Eucatex; 15 (quinze) galões de tinta esmalte A/B cinza escuro, marca Universo; 5 (cinco) galões de tinta premium acrílica fosco branco ge-

lo, marca Universo; 5 (cinco) galões de tinta premium acrílica fosco branco neve, marca Universo; 5 (cinco) unidades de aspersor setorial espiga famastil/bhiel, marca Bhiel/Fama; 3 (três) unidades de bico torneira metal zamak 1/2x3/4, marca Fico; 50 (cinquenta) metros de mangueira mega jato 1/2 laranja/amarela, marca Plasbon; 100 (cem) metros de mangueira, marca Santeno; 4 (quatro) metros quadrados de piso cerâmica 448x448 mm 1215Al, marca Fioranno; e 200 (duzentas) unidades de abraçadeira plástica, marca Foxlux.

Parte das condutas delituosas foram confessadas pelo menor ***Leonardo Ferreira Veras Silva****, quando prestou as declarações colhidas na Delegacia da Criança e do Adolescente - DCA II (fls. 94). Seu pai e ora* ***Denunciado*** *negou participação; todavia, as provas materiais colhidas evidenciam que ele também contribuiu para a consumação do furto. (...)".* (fls. 02/07) (grifo nosso).

A denúncia foi recebida em 27 de abril de 2012.

Após várias tentativas de localização do acusado, para fins de citação, as quais foram infrutíferas, a Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 11ª CJM determinou a citação do denunciado por hora certa. Em atendimento à referida Decisão, o Oficial de Justiça dirigiu-se novamente ao endereço do réu e certificou o seguinte, *in verbis*:

"(...) após identificar-me como Oficial de Justiça (...) e, após tomar conhecimento do teor da denúncia, (...) LUZIMAR DE OLIVEIRA SILVA recusou-se a assinar e receber a contrafé, fechando logo em seguida o portão de sua casa, motivo pelo qual devolvo o presente mandado parcialmente cumprido. (...)".

Em face da ausência injustificada do denunciado para comparecer à Audiência de Qualificação e Interrogatório, designada para 11 de setembro de 2012, o CPJ para o Exército determinou o prosseguimento do feito à revelia do réu, nos termos do art. 412 do CPPM, nomeando a Defensoria Pública da União para patrocinar a sua defesa e atuar na condição de curadora.

Como testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, foram ouvidos o 3º Sgt Ex Nicanor Santos (fls. 257/258), o ex-Sd Ex Adriano da Silva Gomes (fls. 259/260) e o TC ALESSANDRO SBERNI, por precatória (fls. 316/2317).

A Defesa não arrolou testemunhas.

Constam do processo o Auto de Apresentação e Apreensão de uma pistola da marca BERETTA (fls. 36); Termo de Restituição (fl. 37); Laudo de Perícia Criminal (fls. 75/78); Laudo de Perícia Papiloscópica (fls. 114/116); Laudos de Avaliação de Materiais Furtados (fls. 175/179); Folha de Antecedentes (fls. 226/227).

Na fase do art. 427 do CPPM, as partes nada requereram.

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar reiterou o pedido de condenação do acusado, como incurso no art. 240, § 5º, do CPM, sustentando a comprovação dos fatos narrados na denúncia, especialmente pelo Laudo Pericial Papiloscópico produzido pelo Instituto de Identificação do Distrito Federal de fls. 113/116.

Na mesma fase processual, a Defesa, preliminarmente, suscitou a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o réu, arguindo a inconstitucionalidade do art. 9º do CPM, na parte em que se refere à prática de crimes militares por civis. No mérito, pleiteou a absolvição do denunciado, sustentando a inexistência de provas quanto à sua participação nos fatos, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, pugnou pela aplicação da pena no mínimo legal, com o benefício do *sursis* e o direito de apelar em liberdade.

Em 7 de novembro de 2013, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, rejeitou a preliminar de incompetência e julgou procedente a denúncia para considerar LUZIMAR DE OLIVEIRA SILVA incurso no artigo 240, § 5º, do CPM, condenando-o à pena de 3 anos de reclusão, estabelecendo o regime prisional inicialmente aberto, com o direito de apelar em liberdade.

Nos termos da Sentença, não procede a alegação de inconstitucionalidade do art. 9º do CPM, pois o art. 124 da Constituição da República atribuiu expressamente ao legislador ordinário a definição dos crimes militares, bem como a disposição sobre a competência da Justiça Militar, tendo sido o Código Penal Militar recepcionado pela Constituição de 1988, no que não dispõe em contrário à atual ordem normativa constitucional.

Segundo concluiu o Conselho Julgador, as normas constitucionais norteadoras da competência desta Justiça Especializada indicam uma escolha política do legislador, sobretudo diante das alterações ocorridas

na organização da Justiça Militar Estadual, mantendo-se intacta a estrutura da Justiça Castrense no âmbito federal.

Quanto ao mérito, o Juízo *a quo* consignou que restaram comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, revelando a prática do crime de furto, na forma qualificada, *ex vi* do art. 240, § 5º, da Lei Penal Militar.

Ressaltou as imagens captadas por uma câmera de segurança instalada no local em que a caminhonete furtada foi estacionada após o crime, bem como o laudo de perícia papiloscópica efetuado no capô da caminhonete, pelo Instituto de Identificação do Distrito Federal, identificando, de forma positiva, a impressão quiroscópica da região hipotenar da mão esquerda do civil LUZIMAR DE OLIVERIA SILVA, genitor do menor LEONARDO FERREIRA VERAS SILVA.

Acrescentou que os bens subtraídos pertencem à Fazenda Nacional, dentre os quais uma pistola 9 mm, M975, Beretta, Nº 25150.

Concluiu então o Conselho que as referidas provas deixaram evidente que o denunciado participou, desde o início, do furto, utilizando-se de seu filho, menor de idade, para a prática criminosa e agindo na qualidade de autor mediato. Portanto, deixou de acolher a tese do representante do *Parquet*, no sentido de desclassificar a conduta do Acusado para o crime de favorecimento real, tipificado no art. 351 do CPM.

O Colegiado Julgador fixou a pena acima do mínimo legal, em 3 (três) anos de reclusão, considerando a grave repercussão da conduta perpetrada pelo acusado, em detrimento do patrimônio da Administração Militar, revelando insensibilidade e indiferença após a consumação do crime, tendo ele se recusado, inclusive, a receber o Oficial de Justiça e a comparecer em Juízo para se defender, embora tivesse sido realizada a sua citação. À míngua de circunstâncias agravantes e atenuantes e de causas de aumento e de diminuição, foi a reprimenda mantida no referido *quantum*.

A Sentença foi lida e assinada em 14 de novembro de 2013, tendo a Defensoria Pública da União sido intimada na mesma data. O Ministério Público Militar foi intimado em 20 de novembro seguinte. Nos termos da Certidão de fl. 412, a Sentença transitou em julgado para o MPM em 26 de novembro de 2013.

Irresignada, a Defesa ofereceu o presente recurso de Apelação em 18 de novembro de 2013. Em suas razões, preliminarmente, sustenta a incompetência da Justiça Militar, requerendo a anulação de todos os atos decisórios praticados nos autos, bem como a remessa do feito à Justiça Federal de 1ª Instância.

Reitera os argumentos apresentados por ocasião das alegações escritas e sustenta, em síntese, que se atribui ao Apelante a subtração de materiais de construção encontrados na carroceria da viatura oficial furtada pelo seu filho, o menor LEONARDO FERREIRA VERAS SILVA, no valor estimado de R$ 4.918,33 (quatro mil novecentos e dezoito reais e trinta e três centavos). Segundo alega, os referidos bens não guardam qualquer relação com as funções típicas das Forças Armadas brasileiras.

Acrescentou que o menor não tinha conhecimento de que o veículo subtraído pertencia ao Exército, inexistindo o dolo de atingir os bens juridicamente tutelados pelas Forças Armadas.

No mérito, requer a absolvição do Apelante, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*. Alega ausência de provas quanto à sua participação na conduta delituosa e aduz que as imagens da câmera de segurança não apresentam nitidez suficiente para distinguir a pessoa responsável pelo deslocamento da viatura e tampouco revelam a prática de qualquer ato de terceiros em relação ao veículo subtraído.

Subsidiariamente, a Defesa pugna pela redução da pena ao mínimo legal e a concessão do benefício do *sursis*.

Ao final, prequestiona a matéria, em especial os arts. 9º, inciso III, alínea "a", e 69, ambos do Código Penal Militar, bem como os arts. 5º, LXIII, LV e LVII, 109, IV e 142, todos da Constituição da República.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público Militar refutou, na íntegra, os argumentos defensivos, postulando pela rejeição da preliminar de incompetência e pela manutenção da Sentença condenatória. Ressaltou que, além da confissão de LEONARDO, as imagens e a perícia são provas incontestes da autoria delituosa. Segundo acrescentou, o Apelante foi devidamente citado a defender-se em Juízo, mas ignorou o chamado da Justiça, deixando de produzir qualquer contraprova ou de apresentar argumentos hábeis a afastar as conclusões do IPM e das provas técnica e pericial.

Reiterou o entendimento consignado na Sentença recorrida, no sentido de ter o Apelante se servido do filho LEONARDO, menor inimputável, e atuado como autor mediato do delito. Ressaltou que a conduta não se enquadra no crime de favorecimento real, tipificado no art. 351 do CPM.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por sua Subprocuradora-Geral Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, manifestou-se pela rejeição da preliminar de incompetência e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

A Defensoria Pública da União foi previamente intimada da colocação do presente feito na pauta de julgamento. Na oportunidade, requereu sustentação oral, sendo designada a presente data de julgamento.

É o Relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e interposto por parte legítima e interessada, devendo ser conhecido.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA SUSCITADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Passo ao exame da preliminar de incompetência da Justiça Militar da União.

A Defensoria Pública da União arguiu preliminar de incompetência, argumentando que o ilícito pelo qual responde o Apelante não configura ofensa aos valores tutelados pela norma penal militar.

O Apelante foi denunciado pela prática delituosa prevista no art. 240, § 5º, da Lei Penal Militar, consubstanciada no furto de uma viatura militar, contendo em seu interior uma pistola e diversos materiais de construção, todos de propriedade do Exército Brasileiro.

Com efeito, o pleito carece de amparo legal. O art. 124 da Constituição da República atribuiu expressamente ao legislador ordinário a definição dos crimes militares e, em seu parágrafo único, estipulou que *"a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar"*.

Na hipótese dos autos, a competência da Justiça Militar da União encontra-se regulada pelo art. 9º, inciso III, alínea "a", parte final, da Lei Penal Castrense, em perfeita harmonia com o mencionado dispositivo constitucional, o qual estabelece que compete a esta Justiça Especializada julgar os crimes militares.

Consoante ponderou o *Custos Legis*, embora se verifiquem alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal excepcionando o julgamento de civis da competência da Justiça Militar, as referidas decisões não refletem o entendimento consolidado daquela Corte Suprema.

A toda evidência, esta Justiça Especializada é o foro competente para processar e julgar ilícito penal consubstanciado em furto de patrimônio sob a administração militar.

Sobre o tema, confira-se o seguinte excerto da Sentença recorrida, que adoto como razões de decidir, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *Nesse contexto, não se olvide que a disposição constitucional trata de competência absoluta, uma vez que circunscreve a matéria objeto de apreciação por esta Justiça Especializada.*
>
> *Tal argumento, por si só, seria suficiente para afastar de plano a questão apresentada pela Defesa, eis que, tendo presente a referida disposição, podemos facilmente verificar que o Código Penal Militar, naquilo que não contraria a ordem normativa constitucional, foi recepcionado expressamente pela Carta de 1988. Nada obstante, a título de argumentação, entendemos que outros fundamentos podem e devem ser invocados, de modo a sustentar-se a constitucionalidade da norma inquinada.*
>
> *Em primeiro lugar, é imperativo destacarmos que a formação constitucional, manifestada no momento constituinte, tem por fundamento o poder político. (...)*
>
> *Nessa ordem de ideias, é-nos intuitivo que mesmo a disposição do art. 124 da Constituição da República reflete uma escolha política. Diríamos mais: trata-se de uma escolha política originária, que se afirmou no momento constituinte em 1988, resistiu às revisões constitucionais e, ainda com o poder constituinte derivado, manteve-se inalterada, mesmo depois de decorridos cinco anos da promulgação da Emenda nº 45/2004, conhecida como a 'reforma do Judiciário'.*

Essa constatação, longe de objetivar a imutabilidade das normas constitucionais (visto que o Direito deve acompanhar as transformações sociais, e não a evolução social encontrar-se adstrita aos contornos jurídicos), serve-nos à verificação de que a competência constitucional da Justiça Militar da União encontra-se adequada aos padrões sociais contemporâneos. Não fosse assim, certamente teria o constituinte derivado alterado o teor normativo do art. 124 da Constituição, de modo a escolher outro critério definidor dos crimes militares (e, de consequência, da competência material da Justiça Militar), o que, todavia, não fez, sequer havendo indícios de que a sociedade civil almeje tal reforma.

Veja-se, nesse aspecto, que a Emenda nº 45/2004 reformou a competência material da Justiça Militar dos Estados, conferindo-lhe tratamento diferenciado nos §§ 3º a 5º do art. 125 da Constituição. Nessas normas, o constituinte derivado tratou de não só restringir a competência da Justiça Castrense ao julgamento dos militares estaduais, como também previu mecanismos próprios de atuação do juiz togado singular, distintos dos aplicados pelo Código Processual Penal Militar.

(...)

De igual modo, julgamos que não se pode elastecer a hermenêutica constitucional de modo a aplicar-se, supletivamente, o teor normativo-constitucional da Justiça Militar Estadual à Justiça Militar da União, excluindo-se portanto os civis do âmbito de jurisdicionados da Justiça Castrense Federal. É que vigem, em perfeita harmonia, os dois sistemas distintos no ordenamento pátrio.

*(...) Pior que isso, teríamos, dessa forma, verdadeira afronta à independência funcional dos Poderes, na medida em que o Legislativo, não sendo poder constituinte, mas constituído, é o incumbido de proceder à reforma constitucional, nos termos dos arts. 59, inciso I, e 60 (*caput *e parágrafos) da Constituição Federal. Não compete, pois, ao Judiciário exercer atividade eminentemente política, de modo a acrescentar, no art. 124 da Carta Maior, restrição nela não prevista quanto à competência da Justiça Militar da União.*

(...)". (fls. 382/383).

Não se vislumbra, dessa forma, a alegada inconstitucionalidade do art. 9º do Código Penal Militar, cuja norma satisfaz integralmente os ditames do art. 124 da Constituição da República.

Uma vez demonstrado que a conduta perpetrada pelo civil ofendeu a administração militar, resta cristalina a competência da Justiça Castrense para processá-lo e julgá-lo.

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por incompetência da Justiça Militar da União, suscitada pela Defensoria Pública da União.

VOTO DA PRELIMINAR DE NULIDADE DE CITAÇÃO SUSCITADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Em relação à preliminar de nulidade de citação arguida pela Defesa por ocasião da sustentação oral realizada durante o Julgamento nesta instância, cumpre ressaltar que, após várias tentativas, sem êxito, de localização do acusado para proceder à sua citação, a MMª Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 11ª CJM, observando o princípio da celeridade processual, determinou a citação por hora certa.

Em cumprimento à aludida determinação, o Oficial de Justiça compareceu mais uma vez à residência do denunciado, lavrando a seguinte certidão:

> *"(...) após identificar-me como Oficial de Justiça (...) e, após tomar conhecimento do teor da denúncia, (...) LUZIMAR DE OLIVEIRA SILVA recusou-se a assinar e receber a contrafé, fechando logo em seguida o portão de sua casa, motivo pelo qual devolvo o presente mandado parcialmente cumprido. (...)"* (fl. 223v).

Tendo em vista a ausência injustificada do denunciado à Audiência de Qualificação e Interrogatório, o Juízo *a quo* determinou o prosseguimento do feito à revelia do réu, nos termos do art. 412 do CPPM, nomeando a Defensoria Pública da União para patrocinar a sua defesa e atuar na condição de curadora.

Nesse contexto, observa-se que não houve qualquer prejuízo causado ao réu. Nos termos da certidão anteriormente transcrita, lavrada por Oficial de Justiça, dotado de fé pública, o acusado tomou conhecimento pessoalmente dos termos da denúncia e da designação da audiência de qualificação e interrogatório, mas preferiu permanecer inerte, ge-

rando a própria revelia. O ato foi válido e regular, tendo sido observados todos os requisitos do art. 279 do CPPM, inclusive o parágrafo único do mencionado dispositivo penal, o qual estipula que, *"se o citando se recusar a ouvir a leitura do mandado, a receber a contrafé ou a declarar o seu recebimento, o oficial de justiça certificá-lo-á no próprio mandado"*.

Ademais, tal argumentação não foi apresentada nas alegações escritas, momento oportuno em que a Defesa foi instada a se manifestar. Tal omissão confirma a inexistência de prejuízo ao acusado, além de estar a matéria preclusa, por força do art. 504, alínea "a", do CPPM.

Inexistindo dúvida de que o réu tinha ciência da ação penal contra ele intentada, não há como acolher a presente arguição defensiva.

Em relação à pleiteada aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal Comum, melhor sorte não assiste à Defesa. Esta Corte tem entendido, reiteradamente, pela não aplicação da mencionada norma na Justiça Militar da União, em face do princípio da especialidade. No caso concreto, a citação editalícia careceria de qualquer eficácia, pois, se, ao tomar conhecimento da acusação que lhe fora imputada, o réu sequer subscreveu o mandado de citação, fechando o portão de sua residência sem dar a merecida atenção ao Oficial de Justiça, que lhe cientificava sobre questão de seu maior interesse, nenhum efeito prático surtiria a citação por edital, a qual, certamente, sequer seria verificada pelo acusado.

Em face do exposto, rejeito a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União de nulidade da citação do acusado.

MÉRITO

Superada a preliminar de incompetência da Justiça Militar e a de nulidade de citação do acusado, no mérito, não assiste razão ao Apelante.

A materialidade e a autoria do fato evidenciam-se pela prova pericial, aliada às gravações da câmera de segurança, deixando inconteste que o Apelante atuou como autor mediato do furto, utilizando-se de seu filho, menor de idade, para subtrair o veículo de propriedade da Fazenda Nacional.

Consoante consta dos autos, o menor LEONARDO FERREIRA VERAS, então com quinze anos de idade, subtraiu a viatura militar GM/D20 Conquest, Placa JDX7077, cor branca, modelo 1993, pertencente ao Exército Brasileiro, à disposição da 3ª Brigada de Infantaria Motorizada.

Os fatos ocorreram na seguinte ordem cronológica: no dia 11 de agosto de 2011, por volta das 15 horas, o Sd ADRIANO DA SILVA GOMES estacionou a caminhonete em frente à loja ABA, localizada na QND 28, lote 15, em Taguatinga/DF. O 3º Sgt NICANOR SANTOS, que o acompanhava como passageiro, saiu da viatura. Em seguida, o referido Soldado também desceu e dirigiu-se ao mencionado estabelecimento comercial.

Na sequência, o adolescente LEONARDO entrou na caminhonete, ligou o motor com o uso de uma chave falsa e subtraiu a viatura militar, fugindo do local.

Às 15h13min, o menor estacionou o veículo na QI 05 do Setor de Indústrias de Taguatinga, cujo fato foi registrado por meio das imagens gravadas por uma câmera de segurança localizada no setor.

No momento em que estacionou, surgiu um automóvel Polo VW de cor branca, o qual se deslocou até o final da rua, voltando em seguida, às 15h14min. Às 15h15min, o menor saiu da caminhonete e, ao que tudo indica, entrou no automóvel e deixou o referido local.

A viatura permaneceu no referido estacionamento até o início da noite daquele mesmo dia. Às 20h14min, o automóvel Polo passou novamente em frente ao local em que a viatura estava estacionada, deu marcha à ré e parou. Nesse momento, uma pessoa veio da direção da caminhonete, ou seja, o menor LEONARDO, conforme consta de seu depoimento, dirigiu-se até o Polo, pegou um objeto não identificado com um dos comparsas e voltou posteriormente para tentar ligar o veículo. Simultaneamente, o Polo prosseguiu até o final da rua.

Às 20h16min, o Polo voltou e parou mais à frente, a fim de que pudesse auxiliar o menor a dar a partida na viatura, empurrando-a, em virtude de uma provável pane.

Às 20h17min, a caminhonete funcionou, saindo de ré. O indivíduo que estava empurrando a caminhonete adentrou o Polo branco, que, por sua vez, partiu às 20h18min, seguindo a viatura militar.

Em resumo, as imagens captadas pela câmera de segurança comprovam ter o menor descido da viatura furtada e verificado que a carroceria continha diversos materiais. Demonstram também que toda a conduta do adolescente foi acompanhada por integrantes de um automóvel VW Polo, de cor branca.

Ao ser ouvido na Delegacia da Criança e do Adolescente, o menor LEONARDO FERREIRA VERAS SILVA admitiu a subtração da caminhonete, mas negou a participação de seu genitor no crime, a saber:

> *"(...) Alega que na quinta-feira (11.08.2011), na parte da tarde, estava sozinho andando pela Av. Comercial Norte de Taguatinga/DF com a intenção de furtar interior de veículos. (...) Em determinado trecho, o declarante viu uma caminhonete branca, cabine simples, com algumas faixas nas portas, estacionada em frente a um depósito de gás (...) com a porta do passageiro (lado direito) aberta e resolveu verificar se havia em seu interior objeto de valor. Diz que intuitivamente colocou a chave de sua residência na ignição e ligou o veículo, resolvendo naquele momento que iria 'curtir' dando umas voltas nele. Declara que dirigiu em rumo ao Setor de Indústria de Taguatinga, deu algumas voltas e estacionou a caminhonete debaixo de algumas árvores existentes no mencionado Setor, em uma rua que termina com dois postos de combustível, um de frente para o outro e permaneceu à distância, aproveitando para fumar alguns baseados de maconha. (...) Na sexta-feira (12.08), final da tarde, o declarante voltou ao local em que havia deixado a caminhonete, encontrando-a da mesma forma, com exceção dos objetos que estavam na carroceria, os quais foram todos retirados dali por alguém. O declarante novamente ligou a caminhonete com a chave de sua casa, deixando o Setor de Indústria rumo à BR 070, dirigindo rumo ao Condomínio Sol Nascente, na Ceilândia/DF, onde conhece uma chácara abandonada, local que costuma frequentar para fumar maconha. (...) Já chegou na mencionada chácara anoitecendo e somente neste momento revistou a cabine do veículo, encontrando entre o banco do motorista e o do passageiro (...), próximo à alavanca da marcha, uma pistola 9mm, carregada com 15 munições que estavam no carregador. (...) Rapidamente deixou as imediações (...) e caminhou rumo a uma madeireira existente nas proximidades, levando consigo a pistola. Chegando na madeireira, telefonou para o seu genitor pedindo que fosse buscá-lo, pois estava sem dinheiro para voltar. Seu pai chegou ao local por volta das 22h30 ou 23h e foram juntos para casa. (...) Temendo pelo que poderia acontecer, o declarante contou ao seu genitor que tinha sido ele o autor de furto, o que causou uma grande aflição em todos os parentes presentes. Quando voltavam para sua casa, no final da tarde do*

domingo, seu genitor disse-lhe para 'se livrar' da arma e avisar para a polícia, pois caso ela fosse encontrada por outra pessoa, o Exército poderia vir atrás do declarante. Na segunda-feira (15.08.2011), já no início da noite, (não sabe dizer a hora), o declarante enrolou a arma, o carregador e as 15 (quinze) munições intactas, separadamente, em uma folha de jornal e resolveu jogá-la debaixo de um VW/SANTANA que viu estacionado atrás desta Delegacia, (...)". (fls. 101/105).

O ora Apelante, ao ser inquirido na 17ª Delegacia de Polícia do Distrito Federal, também negou os fatos que lhe foram imputados:

> *"(...) No domingo (dia 14.08.2011), após assistirem notícias na imprensa televisiva a respeito de um furto de uma caminhonete e uma arma pertencentes ao Exército e toda a operação montada por aquela Força Armada na área de Taguatinga e Ceilândia, já noticiando a recuperação do citado veículo, o declarante foi surpreendido com a confissão de seu filho LEONARDO, o qual alegou ter furtado o veículo e por acaso teria visto uma arma, tipo pistola em seu interior, estando de posse da mesma. (...) O declarante orientou o filho a se livrar daquela arma e arrumar uma forma de devolvê-la o mais rápido possível a fim de evitar maiores problemas. (...) O declarante alega que não teve nenhuma participação no furto investigado e que somente soube do envolvimento de seu filho no domingo, conforme narrativa acima. (...)".*

Não obstante as negativas quanto à participação do Apelante nos fatos em tela, a sua versão, corroborada pela de seu filho, não se coaduna com as provas materiais e periciais produzidas na fase inquisitorial. Ao contrário do alegado pela Defesa, os autos não contêm meros indícios, e, sim, prova idônea, plenamente capaz de identificar a autoria do ilícito penal. As imagens são elucidativas e revelam que um dos passageiros do Polo branco saiu do carro e ajudou o menor LEONARDO, apoiando as mãos sobre o capô da caminhonete e empurrando-a, no intuito de dar partida no veículo.

Posteriormente à recuperação do veículo, foi realizada perícia papiloscópica no capô da caminhonete, pelo Instituto de Identificação do Distrito Federal, identificando, de forma positiva, a impressão quiroscópica da região hipotenar da mão esquerda do civil LUZIMAR DE OLIVEIRA SILVA, genitor do menor LEONARDO FERREIRA VERAS SILVA.

Assim, embora as imagens captadas não permitam a indicação de qual dos agentes seria o pai e o filho, as provas se complementam, mediante a produção do mencionado laudo pericial, conclusivo no sentido de que as impressões digitais retiradas da caminhonete furtada pertencem ao ora Apelante.

Não obstante a primariedade do réu, a fixação da pena-base acima do mínimo legal afigura-se correta, em face das circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM. A conduta se reveste de elevada gravidade, por ter o Apelante, como autor mediato, se aproveitado da condição de inimputável que o seu filho ostentava, para subtrair uma viatura militar, que inclusive continha em seu interior uma pistola 9 mm, M975, Nº 25150, além de outros bens, avaliados em R$ 4.918,33 (quatro mil novecentos e dezoito reais e trinta e três centavos). Estes últimos sequer foram recuperados. Dúvida não há quanto à relevante intensidade do dolo e ao evidente grau de periculosidade que a conduta apresentou. Do mesmo modo, é cristalina a indiferença do Apelante em relação aos fatos, pois se recusou inclusive a assinar o Mandado de Citação, ocasião em que poderia ter aproveitado para realizar a sua defesa em Juízo, bem como o Mandado de Intimação para comparecer à respectiva sessão de julgamento.

Nesse contexto, merece destaque o seguinte excerto do Parecer Ministerial, lavrado nestes termos:

> *"(...) As câmaras ainda registram imagens dos meliantes dando partida no veículo. Neste momento um dos ocupantes do veículo branco auxiliou o parceiro, que seria Leonardo, conforme confessado, tendo apoiado as mãos sobre o capô da camionete de modo a fazer o carro andar.*
>
> *Embora as imagens não cheguem a identificar com precisão pai e filho, após a realização da perícia papiloscópica, foi possível chegar-se a identidade da pessoa que apoiou as mãos sobre o capô da viatura, com o intuito de ajudar o condutor a 'dar partida', concluindo ser o civil* ***Luzimar*** *de Oliveira Silva, pai do menor Leonardo, através da impressão quiroscópica da região hipotenar de sua mão esquerda tirada do capô da viatura militar, conforme perícia papiloscópica realizada pelo Instituto de Identificação do Distrito Federal.*
>
> *Assim, inquestionável que Luzimar se fez presente durante a ação criminosa, auxiliando o filho no furto de bens pertencentes a Fazenda Nacional. Tanto que após a camionete reiniciar*

o trajeto para lugar desconhecido, o carro branco com o pai do menor continuou acompanhando. Daí, como é de se esperar, as declarações do menor conflitam com as provas materiais e periciais. Até porque é cômodo para o Apelante que o menor assuma sozinho a prática do ilícito, dado ser inimputável.

É evidente que Leonardo sabia desde o primeiro momento ser a Pistola do Exército. Veja-se que ao abandonar a viatura levou consigo a arma, e quem estava com ele naquele momento? Óbvio, seu pai. Portanto indene de dúvida que ***Luzimar*** *desde o início estava compartilhando com o filho a prática do crime.*

E mais, se Luzimar nada tinha a ver com o caso, porque negou-se a comparecer para ser ouvido no IPM e depois em Juízo, continuando desaparecido?

As provas produzidas em Juízo, sob o crivo do Contraditório e ampla defesa, em nenhum momento serviram no sentido de contrariar o contido no Laudo de Perícia Papiloscópica de nº 17.301, de fls. 114/116, e muito menos as imagens registradas.

Leonardo confessou o furto, buscou isentar a responsabilidade do pai, contudo suas declarações são divorciadas das provas existentes nos autos. Não há dúvidas quanto à índole do Apelante, pois aproveitou-se da menoridade de seu próprio filho para tornar-se parceiro na prática do ilícito, com o propósito de que não seria responsabilizado criminalmente. Inegavelmente o Apelante agiu com dolo inequívoco, praticando fato típico, antijurídico e culpável com todos os contornos ínsitos no art. 240, § 5º, do CPM. Inexiste nos autos provas a respeito de sua boa fé.

(...)" (fls. 431/432).

Uma vez comprovadas a materialidade e a autoria delituosas, afigura-se irretocável a Decisão impugnada. A conduta perpetrada pelo Apelante, como autor mediato, consubstancia-se em fato típico, antijurídico e culpável, tipificado no art. 240, § 5º, do CPM, inexistindo em seu favor qualquer excludente de culpabilidade ou de punibilidade.

Ex positis, superadas as preliminares da Defesa de incompetência da Justiça da Militar da União e a de nulidade de citação do Civil, no mérito, nego provimento à Apelação, para manter na íntegra a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência da Justiça Militar da União; por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade da citação do Civil Luzimar de Oliveira Silva. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento a Apelação, para manter na íntegra a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 12 de agosto de 2014 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

Conselho de Justificação

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (2) Nº 4-98.2010.7.00.0000-DF

Relator – Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos.

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

Requerente – O Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica encaminha, em cumprimento ao prescrito na Lei nº 5.836/72, os autos do Conselho de Justificação a que foi submetido o Cap Aer Eric Ferreira Braga.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. CAPITÃO-AVIADOR DO EFETIVO DO COMANDO DA AERONÁUTICA. INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO. PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. INSUBSISTÊNCIA. COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 5.836/72 COM A ORDEM CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DEFENSIVA DE SUSPENSÃO DO FEITO E NOVA OITIVA DO JUSTIFICANTE. PRECLUSÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PORTARIA DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PRESCRIÇÃO. DECISÃO EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. PLURALIDADE DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA DEFLAGRAR O CONSELHO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DO

CONSELHO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 18 DA LEI 5.836/72. PRAZO DE 6 (SEIS) ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DE DIREITO PENAL MATERIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE POR ILEGALIDADE DOS FUNDAMENTOS, POR INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS E POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. REGULARIDADE FORMAL E PLENO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. SESSÃO RESERVADA. AUSÊNCIA DE ATOS DECISÓRIOS. ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL. MERA INSTRUMENTALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MÉRITO. INCAPACIDADE DO OFICIAL PARA PERMANECER NA ATIVA. CONDUTAS INCOMPATÍVEIS COM O SENTIMENTO DE DEVER MILITAR, O PUNDONOR MILITAR, A ÉTICA E O DECORO DA CLASSE. PENALIDADE DE REFORMA DO JUSTIFICANTE. DECISÃO POR MAIORIA. Rejeita-se preliminar ministerial de nulidade do Conselho de Justificação, sem repetição de atos, porquanto a legislação que rege a matéria (Lei nº 5.836/72), a princípio, não revela desconformidade com a atual ordem constitucional. Trata-se de procedimento essencialmente administrativo, portanto, não judicial. Decisão unânime. Não se conhece de preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, relativamente às pretensões de suspender o feito e promover nova oitiva do justificante, uma vez que se trata de questões preclusas, já examinadas em sede de Agravo Regimental e corporificadas em decisão do Plenário desta Corte Castrense, com trânsito em julgado. Decisão unânime. Constatada que anterior condenação do justificante pelo delito de desrespeito a superior (art. 160 do CPM) foi alcançada pela prescrição da pretensão punitiva, desconsidera-se tal argumento como causa de deflagração do Conselho de Justificação. Isso não implica declaração de nulidade no Ato do Comandante da Aeronáutica que instaurou o Conselho, uma vez que listou outros motivos suficientemente idôneos para apurar a irregularidade das condutas do justificante. Preliminar de nulidade rejeitada por decisão majoritária. Considerando-se que o Conselho de Justificação é, por conceito, procedimento administrativo especial, erige-se, como decorrência lógica, que não há falar em prescrição à luz da Lei Penal, mas sim em prazo, no qual há de ser instaurado o mencionado Conselho. Logo, o lapso estatuído no art. 18 da Lei nº 5.836/72 (6 anos) deve ser tomado como tempo limite para instaura-

ção do Conselho pelo Comandante da Força, e não para a conclusão do processo administrativo, conforme está lastreada a tese defensiva. Rejeitada, por maioria de votos, a preliminar defensiva de prescrição. A ausência de prejuízo ao exercício da ampla defesa e a regularidade procedimental do feito conduzem à superação das teses defensivas de nulidade, seja porque foram legítimos os fundamentos propulsores do Conselho, seja porque foi dada oportunidade para defesa técnica, ou porque foram rigorosamente observados os dispositivos da lei de regência da matéria. Preliminares defensivas de nulidade rejeitadas por decisão unânime. Nas sessões reservadas durante as quais desenvolvem os atos instrutórios do Conselho de Justificação, somente é permitida a presença física do justificante e de seu defensor técnico, justamente sob o enfoque de resguardar o direito de privacidade do Oficial justificante perante os demais subordinados, tendo em vista a delicada apuração de eventual conduta irregular. No caso em tela, o que se denominou, impropriamente, "sessão secreta" destinou-se apenas aos trabalhos de estudo e confecção do Relatório Final, para formalizar e homologar o Conselho de Justificação, sem elaboração de atos decisórios. Não identificado qualquer vício formal, por maioria de votos, rejeitou-se a preliminar de nulidade referente à realização de atos com a presença única dos integrantes do Conselho de Justificação. Reputa-se não justificado e, portanto, incompatível de permanecer no serviço ativo da Força Aérea Brasileira o Oficial que se conduz, em reiteradas oportunidades, em frontal contrariedade ao sentimento de dever militar, à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe. Ordenada a reforma do justificante, nos termos do art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Decisão de mérito formada por maioria.

DECISÃO

Iniciado o Julgamento, em questão de ordem, o representante da Defensoria Pública da União, na tribuna, requereu que lhe fosse autorizado o uso da palavra para realizar sucinta exposição da sustentação oral realizada na 38ª Sessão, tendo em vista a complexidade do processo, bem como a nova composição da Corte, com a posse do Ministro Odilson Sampaio Benzi. O Presidente indeferiu o pedido, fazendo consignar na presente Ata, com o fornecimento pela Secretaria do Tribunal Pleno de Certidão, atendendo a solicitação do Defensor. Em prosseguimento ao

julgamento interrompido na 38ª Sessão, em 15/5/2014, o Tribunal, naquela ocasião, rejeitou, **por unanimidade**, as questões suscitadas pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de revogação da Lei nº 5.836/72; **por unanimidade**, não conheceu dos pedidos realizados pela Defensoria Pública da União, de suspensão do feito e de nova oitiva do Justificante Cap Aer Eric Ferreira Braga; por maioria, o Tribunal, em preliminar, deixou de considerar como causa para deflagração do Conselho de Justificação o item nº 2.5, constante do Libelo Acusatório, eis que declarada a prescrição da pretensão punitiva por Sentença judicial. Os Ministros José Américo dos Santos (Relator), Cleonilson Nicácio Silva e Luis Carlos Gomes Mattos rejeitavam, por falta de amparo legal, a preliminar arguida pela Defesa, de nulidade do ato de instauração do Conselho de Justificação, baseado em decisão judicial em que foi declarada a extinção da punibilidade. Prosseguindo no julgamento na presente Sessão, o Tribunal, após o retorno de vista do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, **por maioria**, pelos votos dos Ministros José Américo dos Santos (Relator), Olympio Pereira da Silva Junior, Alvaro Luiz Pinto, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi, rejeitou a preliminar de prescrição aventada pela Defesa. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira e José Barroso Filho acolhiam a preliminar defensiva e declaravam a prescrição das condutas descritas no Libelo Acusatório, constante dos itens 2.1 a 2.4, com a consequente extinção da punibilidade do Cap Aer Eric Ferreira Braga, *ex vi* do art. 18 da Lei nº 5.836/72, c/c o art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Na sequência, o Tribunal rejeitou, **por unanimidade**, as preliminares de nulidade suscitadas pela Defesa, de nulidade do Conselho de Justificação, em razão da ilegalidade de seus fundamentos; de nulidade do Conselho de Justificação, em virtude da ausência de defesa técnica; e de nulidade do Conselho de Justificação, por inobservância de seus dispositivos. Em seguida, o Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defesa, de nulidade dos atos do Conselho de Justificação realizados em sessão secreta. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) e José Coêlho Ferreira analisavam a preliminar como prejudicial de mérito e declaravam a revogação dos artigos 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal, manifestando-se pela declaração de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto. **No mérito, por maioria**, nos termos do voto do Ministro José Américo dos Santos (Relator), declarou o Cap Aer Eric Ferreira Braga não justifica-

do e incompatível de permanecer no serviço ativo, pelo que determinou sua reforma, nos termos do disposto no art. 16, § 1°, inciso II, da Lei n° 5.836, de 5 de dezembro de 1972. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) declarava o Cap Aer Eric Ferreira Braga justificado das condutas descritas no Libelo Acusatório. O Ministro José Barroso Filho votava com a Ministra-Revisora e considerava o Réu justificado quanto aos itens 2.1, 2.2 e 2.4, constantes do Libelo Acusatório, e votava com o Ministro-Relator, considerando o Réu não justificado quanto ao item 2.3 do libelo e declarava-o incompatível de permanecer no serviço ativo, pelo que determinou sua reforma, nos termos do disposto no art. 16, § 1°, inciso II, da Lei n° 5.836, de 5 de dezembro de 1972. O Ministro William de Oliveira Barros declarou-se impedido na forma do art. 144 do RISTM. A Ministra-Revisora fará voto vencido. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira e José Barroso Filho farão declarações de voto. Ao final, a Defesa solicitou, na tribuna, a título de publicidade dos atos, a transcrição em ata dos votos dos Senhores Ministros, constituídos das respectivas elucidações e explicações. O Presidente indeferiu o pedido, fazendo consignar na presente Ata, com o fornecimento pela Secretaria do Tribunal Pleno, de Certidão, para atender a solicitação do Defensor. Presidência do Ministro Fernando Sérgio Galvão, Vice-Presidente.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. 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, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da 65ª Sessão, 11/9/2014).

RELATÓRIO

Consta dos autos que o presente Conselho de Justificação foi instaurado por meio da Portaria nº C-19/GC1, de 3 de novembro de 2009, do Exmº Sr. Comandante da Aeronáutica (fl. 3), no qual figura como justificante o Capitão da Aeronáutica (Aviador) ERIC FERREIRA BRAGA.

Constam no libelo acusatório as seguintes imputações (fls. 596/597 - vol. 4), a saber:

> *"2.1. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o deco-*

ro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao deixar de cumprir a solicitação do Cmt do GSB, o então Ten Cel Av PEDRO LUIS FARCIC, em fevereiro de 2006, a apresentar-lhe as contas de energia para apuração de suposto desvio de energia elétrica do edifício para seu apartamento onde residia e, posteriormente, em novembro de 2007, ao alegar inveridicamente dano moral sofrido por ação supostamente praticada pelo Maj Int Elderson Braga Corteletti, que não logrou êxito em comprovar, sendo este o Oficial Sindicante para apuração destes fatos, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militares, maculando a honra da caserna;

2.2. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, em novembro de 2007, ao alegar inveridicamente dano moral sofrido por ação praticada pelo então Cap Av JORGE MONTEIRO LOPES JÚNIOR, que não logrou êxito comprovar, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militar, maculando a honra da caserna;

2.3. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previsto nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao provocar transtornos e abalo na ordem e na disciplina castrense na BACG, precisamente no Cassino de Oficiais, violando deveres que lhe são impostos como militar praticando atos que não são condizentes com a conduta de um oficial das Forças Armadas, treinado ao longo da sua carreira para exercício de funções de comando e a ter conduta moral e profissional irrepreensíveis, a ter responsabilidade e a praticar a verdade como fundamento de dignidade pessoal;

2.4. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao representar duas vezes contra oficiais superiores hierárquicos, uma vez no Ministério Público Militar do Ceará, e outra no Ministério Público Federal do Ceará, alegando atos de improbidade e imoralidade administrativas, sem lograr êxito na comprovação, abalando com esse

ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militar, maculando a honra da caserna, desrespeitando o compromisso militar assumido, de que trata ainda o art. 32 e 33 do Estatuto Militar (SIC);

2.5. Por ter sido condenado à pena de 03 meses de detenção, como incurso no artigo 160 do Código Penal Militar, com benefício do 'sursis' pelo prazo de 02 anos, por sentença datada de 05 de dezembro de 2008, transitada em julgado em 17 de dezembro de 2008, tendo sido declarada, nessa mesma data, extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição punitiva ex vi do Artigo 123, inciso IV, c/c o Artigo 125, §1º inciso VI, tudo do Código Penal Militar.".

Em 17 de novembro de 2009, o Sr. Presidente do Conselho de Justificação – Ten Cel Av Almir Fontes Grigolon – encaminhou o Ofício nº 018/CJ/C (fl. 603) ao Sr. Comandante da Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais da Aeronáutica, solicitando a apresentação do justificante no dia 19 seguinte, às 10 horas, nas dependências da Biblioteca da Diretoria de Intendência da Aeronáutica (DIRINT), a fim de receber o Libelo Acusatório, podendo se fazer acompanhar de advogado.

O ora justificante manifestou-se, de próprio punho, naquele Expediente Administrativo, de forma inadequada e incomum, uma vez que a ele não havia sido endereçado, dirigindo-se ao Comandante da referida Escola, na forma de memorando, explicitando o descumprimento, por parte do Conselho de Justificação, do prazo mínimo de 3 (três) dias para notificação e/ou intimação, previsto na Lei nº 9.784/99. Na oportunidade, invocou decisão judicial que resguardava direito de frequência ao curso, utilizando terminologia jurídica específica, como insegurança jurídica, Princípio de Isonomia, Ampla Defesa e Contraditório, concluindo por requerer a remarcação de outra data para o recebimento do mencionado Libelo.

Em 19 de novembro de 2009, conforme registra a Ata de fls. 611/616, o justificante compareceu perante o Conselho de Justificação, oportunidade em que lhe foi entregue o Libelo Acusatório, conforme recibo de fl. 627.

Em 23 de novembro de 2009, o Presidente do Conselho de Justificação, por meio do Ofício nº 29/CJ/C (fl. 675 – vol. 4), solicitou ao Comandante da Escola de Aperfeiçoamento dos Oficiais que o justificante

fosse apresentado perante aquele Conselho nos dias 1º, 2, 3 e 7 de dezembro seguinte.

No dia 1º de dezembro de 2009, conforme consta da Ata de fls. 1.574/1.575 (vol. 9), por não haver comparecido, foi declarada a revelia do justificante, com base no art. 292 do CPPM, sendo-lhe nomeado defensor *ad hoc* o Assistente Técnico Renato Muniz de Souza, inscrito na OAB/RJ sob o nº 124.635. Nesse mesmo dia 1º de dezembro, foi inquirido na condição de "Acusador" o Ten Cel Elderson Braga Corteletti (fls. 1.576/1.579).

No dia imediatamente posterior (2/12/2009) foram inquiridos, na mesma condição, os Majores Aviadores Jorge Monteiro Lopes Junior (fls. 1.625/1.630 – vol. 9) e André Gustavo de Souza Curityba (fls. 1.635/1.638); e, no dia seguinte (3/12/2009), o Coronel Aviador Pedro Luis Farcic (fls. 1.642/1.647).

Por meio do requerimento de fl. 1.656, o justificante informou ao Presidente do Conselho o motivo de seu não comparecimento ao ato programado para o dia 1º de dezembro de 2009, haja vista haver sofrido assalto à mão armada no dia anterior, conforme Boletim de Ocorrência que apresentou, por cópia (fls. 1.657/1.658 – vol. 9), tendo sido deferido o pedido de remarcação de nova audiência para interrogatório, bem como a realização de nova inquirição dos "Acusadores", tornando sem efeito as inquirições já realizadas.

Reunido o Conselho de Justificação em 7 de dezembro de 2009, com a presença do justificante, assistido pelo Advogado, Dr. Renato Muniz de Souza (OAB/RJ 124.635), Defensor *ad hoc*. Foi inquirido o Ten Cel Av MARCONDES FONTENELE DE MENESES, na condição de "Acusador", oportunidade em que declarou (fls. 1.714/1.719 – vol. 10), de relevante, o seguinte:

> *"[...] perguntado se a atitude do Cap Eric contra o então Cap CURITYBA abalou a camaradagem e o espírito de cooperação entre os Oficiais e por quê; respondeu que houve uma quebra de respeito e cordialidade que afetam o ambiente de trabalho, especialmente durante a missão desenvolvida em Campo Grande; perguntado se a conduta do Cap ERIC, neste episódio com o Cap CURITYBA, no aspecto moral e profissional, foi irrepreensível e por quê; respondeu não foi uma conduta correta, devido à atitude do Justificante ter sido realizada diante de mais modernos; perguntado se o Cap ERIC ordenou ao Cassineiro de*

Dia do Hotel de Trânsito (HTO) da Base Aérea de Campo Grande a retificar os assentamentos no livro de registro de entrada e saída de hóspedes, no dia 16 de julho de 2005 e por quê; respondeu conforme a Solução da Sindicância pelo mesmo realizada; perguntado se os transtornos causados à Administração do HTO da BACG e ao Comando da BACG, pelo Cap ERIC, refletiram o comportamento esperado de um Oficial a uma Organização Militar Visitante; respondeu houve um comportamento fora do normal, foi em desacordo com os nossos regulamentos, inclusive nos aspectos moral e ético; perguntado se os transtornos causados à Administração do HTO da BACG e ao Comando da BACG, pelo Cap ERIC, comprometeram o nome da Organização e dos Oficiais do 1º/5º GAV; respondeu sim, uma vez que a Organização é representada pelos militares que a compõem, um comportamento e seu nome bem como os demais militares; perguntado se o tratamento dispensado pelo Cap ERIC à Funcionária Civil LETÍCIA foi dentro do que se esperava para os Oficiais tratarem os subordinados, com respeito e urbanidade; respondeu conforme constante da solução da Sindicância realizada pelo mesmo; perguntado como repercutiu na BAFZ a Representação movida pelo Cap ERIC no Ministério Público Militar e outra no Ministério Público Federal, sobre atos supostamente ímprobos e ilegais praticados por Oficiais Superiores Hierárquicos; respondeu que repercutiu negativamente entre os oficiais da BAFZ, uma vez que as autoridades do Comando da Base e do Comando do Esquadrão exerciam suas atividades conforme a legislação vigente para o cumprimento da missão a eles determinada; o fato foi acolhido com surpresa dentre os mencionados oficiais; não foi uma postura ética do Justificante uma vez que o mesmo deveria ter procurado seus oficiais superiores anteriormente apesar de haver o Direito Constitucional de socorrer-se ao Judiciário, considerou uma atitude desleal com os oficiais e com a Instituição; (...) perguntado se tinha conhecimento da postura contumaz do Cap ERIC socorrer-se ao Judiciário, a fim de pleitear direitos próprios ou de outrem contra atos da Administração Militar; respondeu sim, era um comportamento contumaz do Justificante principalmente quando se sentia injustiçado apesar de haver dentro da Administração Militar recursos disponíveis para atendimento da suposta irregularidade sofrida; (...) perguntado como repercutiu na BAFZ e no 1º/5º GAV o des-

respeito ocorrido entre o Cap ERIC e o então Ten Cel FARCIC, CMT do GSB, em 2006; respondeu de modo negativo no aspecto do comportamento do Justificante em relação aos oficiais mais antigos, demonstrando um comportamento incondizente com o previsto para o oficialato, comprovando, efetivamente, a falta de respeito com os oficiais mais antigos; perguntado se este episódio ocorrido com o Ten Cel FARCIC foi 'a gota d'água' de um comportamento questionador e ponderador do Justificante, respondeu que a atitude de se esconder de um oficial estando certo ou errado para este comportamento não é atitude esperada de cidadão, quanto mais a de um oficial ratificando uma atitude incongruente para o oficial principalmente quando não acata uma ordem normal recebida; (...) perguntado se deseja manifestar mais algum depoimento; respondeu por ocasião de uma colisão de veículos ocorrida na frente da BAFZ na qual o Justificante colidiu com a traseira de um veículo, promovendo um engavetamento e causando danos aos dois carros seguintes, pertencente um ao SO BMA OLÍVIO, hoje na R/R, e um ao funcionário do efetivo do EIE da BAFZ, naquela ocasião o Justificante se comprometeu a ressarcir os prejuízos, porém demorou muito tempo para honrar o acordo, deixando cheque pré-datado com o SO para correção do problema; na ocasião o SO reportou-lhe dos problemas que a demora em ressarcir seus danos haviam lhe causado; tal atitude demonstrou por parte do Justificante uma falta de comprometimento como cidadão e oficial com aquelas pessoas às quais ele causou dano, considerando ainda que o justificante já havia consertado o próprio veículo, que houve perícia no local solicitada pelos prejudicados, que esta não foi completa devido ao Justificante ter se ausentado do local para socorro de sua esposa que estava como passageira; [...]".

Os atos de qualificação e interrogatório do justificante ocorreram em 8 de dezembro de 2009, conforme consignado na assentada de fls. 1.729/1.744 (vol. 10), constante de 16 (dezesseis) laudas digitalizadas.

Ao ser interpelado a respeito dos fatos envolvendo desvio de energia elétrica para seu apartamento, restringiu-se o justificante a responder *"conforme a sua defesa constante na apuração prévia já realizada"*.

Declarou o justificante, naquela ocasião, de relevante, o seguinte (fls. 1.731 e seguintes):

"[...] perguntado qual foi o dano moral sofrido, a ponto de procurar o Poder Judiciário para sua reparação, a título pecuniário, respondeu primeiramente ter o entendimento que é um fato de sua vida privada, portanto inviolável e que a inicial encontrar-se-ia nos autos, salvo ledo engano; perguntado se requereu a publicação da solução da TCO nº 077/2006-BAFZ-C, respondeu não se recorda; (...) perguntado se não se sentiu ultrajado pelo fato de o Ten FACHINI haver comunicado o suposto desvio de energia para o seu apartamento e, posteriormente, não lhe tendo sido possível a imputação objetiva pelo fato, respondeu se sentiu muito preocupado, pois o Ten FACHINI, além de ter realizado a comunicação dos fatos conforme os autos, manipulou fios atrás do painel dos relógios do Condomínio, bem como em outras partes, salvo ledo engano, próximo ao teto do edifício de forma paralela à condução da Sindicância vigente, alegando nos autos estar autorizado ou orientado pelo então Ten Cel FARCIC, tudo com referência aos autos. Que, de tão assustado com a condução dos fatos, devolveu quase que imediatamente o imóvel da União; perguntado por que não o processou, respondeu que comunicou tais fatos ao Sindicante; perguntado se esta atitude, de buscar a reparação de dano moral no Poder Judiciário, sem primeiramente valer-se de recursos Administrativos existentes, traria benefícios ao serviço, respondeu na situação de trazer mais verdade aos fatos a ele envolto e pelas constantes dificuldades de respostas administrativas seria uma alternativa plenamente legítima; perguntado se esta atitude promoveria a cooperação e o espírito de camaradagem, respondeu sendo legítima, não vislumbraria nenhuma dificuldade administrativa, pois o que é legítimo não poderia causar nenhum malefício à Administração; perguntado se esta conduta, no aspecto moral e profissional, seria irrepreensível, respondeu sim uma vez que seria legítima; perguntado se considerava correto tratar, fora do âmbito apropriado, matéria sigilosa de qualquer natureza, respondeu o Judiciário é um âmbito adequado, conforme os Preceitos Constitucionais; (...) perguntado qual foi o dano moral que o Cap Av LOPES JÚNIOR lhe provocou para que buscasse uma reparação pecuniária no Poder Judiciário, respondeu que se sentiu muito preocupado com a repercussão de uma reafirmação pela qual já era comprovada administrativamente

que o alegado não encontrava fundamento oficial pois o fato já havia sido apurado antes da reafirmação (TCO nº 165); perguntado por que somente após decorrido mais de um ano, a contar do testemunho do Cap LOPES JÚNIOR na sindicância nº 005, em 28/07/2006, foi buscar a reparação dos supostos danos morais sofridos, em 09/11/2007, respondeu primeiramente é porque tinha várias outras questões profissionais e pessoais e que julgava de vulto maior, dessa forma na primeira oportunidade viável buscou a Justiça dentro da legalidade; (...) perguntado se induziu o cassineiro de Dia ao HTO da BACG a retificar os assentamentos no livro de registro de entrada e saída de hóspedes, no dia 16 de julho de 2005 e por quê, respondeu ele simplesmente fornecera o horário correto, local, pois o horário inicial era o comumente utilizado pelos aviadores: HORÁRIO ZULU; perguntado por quê você retificou o registro de todos os Oficias que deram entrada no HTO nesse dia, respondeu não lembrar, entretanto transmitiu a retificação oral ao cassineiro referente a sua pessoa; perguntado por quê não assinou a Nota de Punição Disciplinar do TCO 148-C/2005/BAFZ, respondeu salvo ledo engano, porque o texto pronto para sua assinatura informava dados que não condiziam com a realidade vivida pelo Justificante; (...) perguntado por que V. Sª. e seu advogado deixaram de assinar o Termo de Inquirição de Sindicado da Sindicância nº 005/2006-C-BAFZ, respondeu porque foram assentadas informações não transmitidas pelo Justificante ao Sindicante, bem como elas não traduziam as palavras do Sindicado (Cap ERIC), ressaltando que apenas este documento e a nota de punição do TCO nº 148 foram os únicos não assinados pelo Justificante, dentre os diversos documentos nas inúmeras apurações que participou, tanto que solicitou a consignação desta questão no Termo de Inquirição da Sindicância nº 005, o que nem foi mencionado, salvo ledo engano; perguntado se os transtornos causados à administração do HTO da BACG refletiram o comportamento esperado de um oficial a uma Organização Militar visitada, respondeu no seu entender não poderia ser considerado transtorno à Administração por parte deste Justificante, pois a civil LETÍCIA, que à época pelo entendimento deste Justificante seria a Encarregada do Hotel de Trânsito dos Oficiais, portanto uma civil assemelhada a graduado. No momento em que ela se

dirigiu ao Justificante informando que não cederia o 'seu computador', pois naquele ambiente existiam alguns poucos sacos de batatas chips e algumas latas de refrigerante e que se este material sumisse seria de responsabilidade dela. Sendo assim, o Justificante menciona que o computador era funcional e não de propriedade dela, bem como o que ela teria dito poderia ser plenamente entendido que estaria dizendo com outras palavras que o Cap ERIC não seria capaz de manter a guarda do material da sala que ocupava ou que poderia furtar aqueles itens, o que para este Justificante é inconcebível partir de uma Encarregada do HTO que está lá para melhor atender os hóspedes do Hotel; perguntado se o tratamento que dispensou à funcionária civil LETÍCIA foi dentro do que se esperava para os oficiais tratar os subordinados com respeito e urbanidade, respondeu com certeza sim, que não a repreendeu somente fez as considerações já mencionadas; perguntado se procurou a funcionária civil LETÍCIA para desculpar-se após o ocorrido de modo idêntico ao realizado com o então Cap CURITYBA, respondeu não, porque não foi idêntico, foi educado e cortês e comentou o mencionado acima; (...) perguntado se promoveu uma representação no Ministério Público Militar e outra no Ministério Público Federal sobre atos supostamente ímprobos e ilegais praticados por oficiais superiores hierárquicos da BAFZ e BACG e por quê, respondeu sim, porque no seu entender estava sendo seriamente prejudicado pelos Agentes Administrativos conforme relatados nos autos; perguntado se participou à sua Cadeia de Comando os supostos atos irregulares praticados pelos oficiais denunciados nas duas representações e por quê, respondeu no seu entender sim até porque o IPM é instaurado pela Autoridade Militar; perguntado se confiava na sua Cadeia de Comando no período das Representações e por quê, respondeu na sua cadeia imediata, nível Base, não em toda; quanto aos Escalões Superiores nada teve a relatar. Entretanto, este sentimento não era obstáculo algum em relação a sua obediência; perguntado se comprovou as irregularidades afirmadas nas duas representações, respondeu comprovou através da documentação anexa; perguntado se considerou este procedimento ético e leal com a Instituição, respondeu sim uma vez que a Instituição é maior do que vínculos pessoais considerando também a necessidade da transparência, o que hoje é

uma realidade social, a exemplo do portal do Governo Federal bem como os preceitos constitucionais sobre a legalidade e a moralidade em relação aos atos administrativos e principalmente na necessidade, proporcionalidade e razoabilidade da Administração em relação aos atos com os Administrados. No seu entender, o fato de buscar a justiça de forma legítima por também ter alguns óbices em respostas administrativas as quais inclusive foram devidamente protocoladas. Desta forma com certeza o seu procedimento teria sido dentro da ética e leal com a Instituição; (...) perguntado se considerou correto tratar, fora do âmbito apropriado, matéria sigilosa de qualquer natureza, respondeu utilizou os meios judiciais cabíveis de forma legítima utilizando-se de documentação vinculada ao seu caso pessoal; perguntado se considerou esta atitude leal com seus superiores diretos, respondeu sim até porque em diversas ocasiões levou seus casos de forma verbal aos mesmos, a exemplo de seu afastamento de vôo, pois nos autos consta que procurou seus Comandantes da Base e do Esquadrão informando-os verbalmente sobre isso e pedindo uma solução; perguntado se considerou correto sujeitar uma Autoridade Pública, sem possuir conhecimento técnico ou qualquer fundamento, a uma possível Ação Judicial de Improbidade Administrativa, respondeu primeiro, salvo ledo engano, não mencionou improbidade administrativa, apenas elencou fatos com documentação comprobatória; ademais, a representação está disponível para todo cidadão Brasileiro com ou sem conhecimento técnico; perguntado se entendeu que esta atitude fora a esperada de um oficial, respondeu pode ser sim, uma vez que a representação é acessível a todo cidadão brasileiro, sendo o oficial um cidadão é possível de se esperar, principalmente no seu caso em que verificava uma dificuldade de resolução administrativa; (...) perguntado se tinha quaisquer outras declarações a fazer, respondeu gostaria de informar que os seus vínculos judiciais são pontuais, em face de pessoas específicas, e não contra a Administração como um todo, tanto que não realizou nenhuma representação, nem mesmo ingressou na Justiça antes dos acontecimentos em curso. Esclareceu que também não ingressou na justiça em face de nenhum outro militar de qualquer outra Unidade que trabalhou, exceto na BAFZ e BACG; perguntado se tinha fatos a alegar ou provas que justificassem a sua

inocência, respondeu sim serão trazidos aos autos por ocasião da apresentação de sua defesa escrita; [...]".

Estas foram as declarações prestadas pelo justificante perante o Conselho de Justificação.

Acha-se consignado na Ata de 14 de dezembro de 2009, do Conselho de Justificação, acostada às fls. 1.760/1.762, que:

> *"[...] O Justificante requereu prazo para apresentação dos quesitos, sendo oferecido por este Conselho prazo de uma hora para o mesmo. O Justificante respondeu que o prazo é extremamente exíguo impossibilitando a apresentação dos quesitos por meio de defesa técnica, requerendo um novo prazo, sendo Indeferido pelo Presidente, [...]".*

Por tal razão, quando do julgamento realizado em 17 de agosto de 2011, conforme consignado no Extrato da Ata de fl. 2.447, decidiu esta Corte, por unanimidade, acolher a preliminar aventada pela Defesa, com a finalidade de declarar a nulidade de todos os atos do Conselho de Justificação nº 4-98.2010.7.00.0000, a partir da fl. 1.760, inclusive, com renovação.

A Defesa opôs Embargos de Declaração, autuados sob o nº 4-98.2010.7.00.0000-DF e julgados em Sessão Plenária ocorrida em 6 de outubro de 2011, conforme se observa do Extrato da Ata de fl. 2.497. O Acórdão proferido nos autos dos referidos Embargos transitou em julgado em 23 de fevereiro de 2012, nos termos da Certidão de fl. 2.535.

Assim, no dia 4 de junho de 2012, conforme consignado no Termo de Remessa de fl. 2.536 (vol. 12), foram os autos encaminhados ao Exmº Sr. Comandante da Aeronáutica, para cumprimento do Acórdão desta Corte, ou seja, para fins de renovação.

O início dos trabalhos (renovação) teve impulso com a nomeação de novos Oficiais (todos Tenentes-Coronéis-Aviadores), para integrar o Conselho de Justificação, nos termos da Portaria de fl. 2.544 (vol. 13).

Conforme consignado no Boletim Interno Ostensivo da BASC, de 8 de julho de 2012 (fl. 2.567), o justificante teve deferido pedido de afastamento para fins eleitorais, por haver sido candidato a Vereador do Município do Rio de Janeiro, pelo PRP (Partido Republicano Progressista), passando à condição de agregado (fl. 2.592).

Em 14 de junho de 2012, o justificante foi transferido para o DTCEA-SC, por necessidade do serviço (fl. 2.575).

Em 8 de outubro seguinte, o justificante foi revertido ao serviço ativo (fl. 2.595).

Na 1ª Sessão do Conselho, compareceu o Cap Av ERIC FERREIRA BRAGA, desacompanhado de defensor, apesar de informado sobre a possibilidade de ser assistido por advogado. O militar requereu assistência jurídica de representante da AGU para a realização de sua defesa técnica, o que foi indeferido inicialmente pelo Presidente, por se tratar de sessão de retomada dos trabalhos, não havendo questionamentos ao justificante. Após o pedido verbal para que fosse oficiada a AGU sobre a possibilidade de indicação de defensor, o Presidente deferiu o pleito (fls. 2.605/2.607).

Foram encaminhadas mensagens ao Coordenador-Geral Jurídico do referido órgão (fls. 2.612/2.613), tendo sido respondidas com a informação de que a representação de autoridades pela AGU obedece a um regulamento próprio e o interessado deve submeter requerimento ao órgão, sem o qual a representação não poderia ser deferida (fls. 2.614/2.617).

Na 2ª Sessão, igualmente compareceu o justificante, desacompanhado de defensor, momento em que apresentou sua defesa prévia, entregando ao Conselho de Justificação 7 (sete) requerimentos, datados de 10/12/2012. O primeiro, consistia no pedido de entrega do Libelo Acusatório, tendo sido indeferido pelo Presidente, haja vista já constar dos autos, continuando válido por ser anterior à nulidade declarada pelo STM. No segundo, requereu a anulação do Libelo Acusatório por conter fatos já declarados prescritos e, portanto, albergados pelo manto da coisa julgada, pedido igualmente indeferido pelo Presidente, sob o fundamento de configurar matéria a ser analisada em momento posterior.

No terceiro, quarto e quinto requerimentos, postulou que fossem tornados sem efeitos ou anulados os testemunhos de fls. 1.625/1.631, 1.642/1.648 e 1.714/1.720, sob a alegação de que o Maj Av Jorge Monteiro Lopes Júnior, o Cel Av Pedro Luis Farcic e o Cel Av Marcondes Fontenele de Menezes seriam suspeitos e não poderiam testemunhar no presente processo, pedidos indeferidos pelo Presidente porque os entendeu preclusos, nos termos do art. 17 da Lei nº 5.836/72.

No sexto requerimento, pleiteou fossem renovados os prazos defensivos, até a constituição de defesa técnica, pedido novamente indeferido pelo Presidente, na medida em que considerou que os atos pratica-

dos pelo Conselho não consubstanciam ofensa à Constituição ou a outro diploma legal e, embora tenha sido diligenciado à AGU acerca da solicitação de defesa técnica, foi constatada a ausência de enquadramento legal para a representação do justificante por aquele Órgão. Nesse sentido, para a garantia dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, o Conselho decidiu pela dilação dos prazos requeridos na última Sessão, de apresentação da documentação, recaindo no dia 17 de dezembro de 2012, o que possibilitou ao justificante constituir advogado.

No sétimo requerimento, postulou a suspensão do Conselho de Justificação até que *"seja proferida a solução pelo juízo cível das matérias prejudiciais"* levantadas em processo judicial, sendo indeferido pelo Presidente, por se tratar de matéria a ser apreciada na fase de apresentação de Razões de Defesa (fls. 2.628/2.634).

Consoante Ata da 3ª Sessão (fls. 2.667/2.673), compareceu o justificante, desacompanhado de defensor técnico, e apresentou mais 6 (seis) requerimentos (fls. 2.679/2.713), que deixaram de ser apreciados, por se tratarem de matérias relacionadas ao mérito do Conselho de Justificação e que seriam analisados quando da juntada das Razões de Defesa.

Na mesma sessão, foi indeferido pedido de nomeação da Defensoria Pública da União para a defesa do justificante:

> *"[...] pelo entendimento de este Conselho não ser responsável pela constituição de defesa técnica por parte do Justificante, não obstante tenha sido dado prazo legal para que o mesmo pudesse buscar apoio de defensor público junto aos órgãos competentes, ou mesmo instituísse outro representante legal"*. (fls. 2.669/2.670).

Em seguida, foram apresentadas as Razões de Defesa (fls. 2.714/2.717) e os anexos (fls. 2.718/2.824), bem como o justificante ofertou os quesitos a serem formulados por meio de Cartas Precatórias para a oitiva das testemunhas (fls. 2.671/2.672).

Segundo Ata da 4ª Sessão (fls. 2.853/2.855), foram entregues ao justificante cópias das Fichas CPO, do ano de 2005 em diante (fls. 2.865/2.890), solicitadas por ele em sua Defesa Prévia, bem como foi juntado aos autos o Termo de Inquirição da testemunha Ten Cel Av Roraino Luisandro de Freitas (fls. 2.860/2.863).

Na 5ª Sessão, o justificante solicitou a juntada das Sindicâncias nº 03/2006-C/BAFZ e nº 04/2006-C/BAFZ, tendo sido o pedido indeferido pelo Presidente, por não figurar o Cap ERIC FERREIRA BRAGA como sindicado, portanto, não dizendo respeito a ele. Foi requerido o endereço do ex-Cabo Wendel Alencar Almeida junto à BAFZ e à Receita Federal, sendo tal pedido deferido pelo Presidente (fls. 2.931/2.933).

Durante a 6ª e 7ª Sessão, foram juntados aos autos documentos e realizadas diligências (fls. 2.967 e 2.980/2.982).

Foi apresentada complementação das Razões de Defesa às fls. 3.027/3.070 e anexos (fls. 3.071/3.166).

Em 5 de fevereiro de 2013, o Conselho de Justificação, por unanimidade, julgou o Cap Av ERIC FERREIRA BRAGA culpado das acusações que lhe foram feitas, tendo em vista o disposto no art. 2º, incisos I, alinea "b", e IV, da Lei nº 5.836/72, considerando-o *"incapaz de permanecer como Oficial da ativa da Força Aérea Brasileira"* (Relatório e Conclusão às fls. 3.177/3.250). (grifei).

É a conclusão do Conselho, *in verbis*:

> *"Considerando que transitada em julgado, em 17 de dezembro de 2008, a sentença que o condenou à pena de 3 meses de detenção, incurso no art. 160 do CPM (desrespeito a superior), pela 10ª Circunscrição Judiciária Militar, nos autos do Processo nº 17/06-7, com benefício do* sursis *pelo prazo de 2 anos, datada de 5 de dezembro de 2008, e que a decisão do STM tornou imutável a decisão condenatória, apesar da redução de pena com direito a* sursis*; essas fortes palavras querem dizer que essa 'mancha' é indelével. Que jamais será resgatada a condição anterior, qualquer que seja ela, e que vai acompanhar o indivíduo pelo resto da sua vida, com um rótulo, a declarar seu delito;*
>
> *Considerando que, ao lado do valor militar, caminha a postura ética, manifestada no sentimento do dever, do pundonor militar e no decoro da classe que integra. Que a conduta moral e profissional do militar deve estar orientada pelo acatamento aos preceitos maiores da ética militar espelhados no amor à verdade, na dignidade do exercício das funções atribuídas, no respeito à dignidade da pessoa humana, no cumprimento das leis, regulamentos, instruções e ordens das autoridades competentes, na ação justa e imparcial para com os outros, no*

exercício do companheirismo e da camaradagem e tantos outros parâmetros da conduta militar, o crime de Desrespeito a Superior Hierárquico vem de encontro a todos os preceitos morais e éticos citados.

Considerando que a função militar gera a criação de um vínculo estreito com a Pátria e o sentimento de sua preservação e defesa, onde dentro desse contexto se originam os vários deveres militares, entre os quais o da dedicação e fidelidade à Pátria, o culto aos Símbolos Nacionais, a probidade e lealdade em todas as ocasiões e circunstâncias, a disciplina e o respeito à hierarquia, o cumprimento das obrigações e ordens, e que isso foi desrespeitado.

Considerando que a possibilidade de resgatar as suas condições morais e éticas, com o fim de prosseguir na carreira é tida como inaceitável, pois o crime doloso cometido expressou claramente o desvio de caráter, em situação voluntária, e que por isso não há como se corrigir uma conduta que não foi doentia, mas voluntária e consciente.

Considerando que a Força Aérea Brasileira forja Oficiais para o combate, a fim de cumprir seu papel constitucional, e que exigirá coragem, honra, sentimento de cumprimento do dever, amor à Pátria e lealdade.

Considerando que a lealdade exige confiança e que esta restou quebrada pelo Justificante, por tudo o que se verificou nos autos.

Considerando que a restituição da confiança no oficial em questão não será restabelecida, conquanto o mesmo não entenda que suas atitudes não foram corretas;

Considerando que, no caso de violação de algum preceito ético-militar, este será tanto mais grave quanto maior for o grau hierárquico do infrator; e

Considerando que sob a ótica da moralidade, inerente às atividades desenvolvidas por militares, em especial Oficiais, não há como considerar que esse oficial esteja plenamente capacitado para prosseguir normalmente em sua carreira;

Resolve o Conselho de Justificação, por unanimidade, julgar o Justificante, Cap Av ERIC FERREIRA BRAGA, culpado das acusações que lhe foram feitas, tendo em vista o disposto no art.

29 (sic)[52], da Lei 5.836/72, incisos I, letra 'b' e IV, estando incapaz de permanecer como Oficial da ativa da Força Aérea Brasileira (...)".

O Comandante da Aeronáutica, por Despacho de fl. 3.256, homologou o julgamento do Conselho de Justificação e remeteu os autos a este Egrégio Tribunal Castrense, nos termos do art. 13, inciso V, e art. 14, da Lei n° 5.836/72.

O processo foi novamente distribuído, por prevenção, a este Ministro-Relator e à eminente Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, como Revisora.

Em Despacho exarado à fl. 3.266, determinei a abertura de vista ao justificante para que se manifestasse, por intermédio de seu Advogado, na forma dos artigos 158 do RISTM e 15 da Lei nº 5.836/72.

Por meio da petição de fls. 3.293/3.303, o justificante solicitou que sua defesa fosse patrocinada por membro da Advocacia-Geral da União ou, subsidiariamente, pela Defensoria Pública da União, informando não ter condições financeiras de contratar um advogado.

A Defensoria Pública da União manifestou-se requerendo vista dos autos (fl. 3.311), apresentando, em 1º de agosto de 2013, suas Razões às fls. 3.318/3.398.

Apresentou, inicialmente, um breve histórico da vida militar do justificante, mencionando os vários títulos recebidos.

Em seguida, consignou fatos pregressos referentes ao Conselho de Justificação, que teriam afetado a carreira e prejudicado a vida do justificante.

No tocante à fundamentação jurídica, ressaltou a DPU os oitos pontos a seguir elencados, os quais serão analisados oportunamente:

1º) A necessidade de suspensão do feito, a fim de se aguardar solução, no Juízo Cível, dos Mandados de Segurança nº 19.420, nº 19.935 e nº 19.988, que versam sobre a impugnação dos atos administrativos que constituem questão prejudicial ao julgamento do presente Conselho de Justificação;

---

[52] Não existe o art. 29, e sim o 2º, incisos I, letra "b", e inciso IV, da Lei nº 5.836/72.

2º) A imprescindível determinação de oitiva do ora justificante, antes da submissão do feito ao julgamento do Plenário, como meio de se garantir o direito de ele ser ouvido por um órgão jurisdicional independente e imparcial, nos termos do art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos[53];

3º) A nulidade do ato de instauração do Conselho de Justificação, por meio da Portaria nº C-10/GC1, de 3 de novembro de 2009, sob a invocação de dois dispositivos da Lei nº 5.836/72, quais sejam: o inciso I, alínea "b", e o inciso IV, ambos do art. 2º. Sustentou que a invocação do inciso IV do dispositivo em comento, em razão da condenação por crime de natureza dolosa, estando o fato prescrito, constitui causa de nulidade da referida Portaria *"porque o motivo apresentado como hipótese de incidência desse dispositivo legal é inexistente"*.

Aduziu que a sentença condenatória não pode ser considerada válida, tendo em vista que foi acobertada pelo manto da prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, a declaração de extinção da punibilidade equivaleria à prolação de decisão absolutória em favor do justificante.

4º) A ilegalidade da invocação da alínea "b" do inciso I do art. 2º da Lei nº 5.836/72[54], como fundamento para a instauração do Conselho de Justificação, haja vista o Processo Administrativo nº 67221.008044/2007-DV (fls. 10 a 111 – Vol. 1) – do qual a Administração se valeu para imputar a prática de conduta irregular ao ora justificante – ter sido levado a efeito mediante a violação de vários princípios e garantias constitucionais e legais, em especial a razoável duração do processo.

Salientou também que o justificante foi privado do seu direito de exercer as funções de Oficial da Aeronáutica, em razão de decisão proferida no bojo do Processo Administrativo 67221.008044/2007-DV, sem que fossem respeitados os direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.784/99;

---

[53] Os requerimentos 1 e 2, em que pese constem do corpo da petição, foram dirigidos ao Relator do Processo no Pedido (fls. 3.395/3.396) e indeferidos pelo Relator (Decisão fls. 3.472/3.476).

[54] Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das Forças Armadas: I – acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: [...]; b) tido conduta irregular;

5º) A prescrição das condutas constantes do Libelo Acusatório, ao argumento de que transcorreu lapso temporal superior a 6 (seis) anos, computados desde a data em que foram praticadas, consoante art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836/72;

6º) A nulidade do processo por cerceamento de defesa, haja vista não ter sido nomeado Defensor Público para a realização de sua defesa técnica, em contrariedade ao contido no art. 9º, *caput*, da Lei nº 5.836/72, segundo o qual *"ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito"*. Sustentou a violação, igualmente, do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República, o qual ordena ao Estado que preste assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos, civis ou militares, que não disponham de recursos suficientes, desrespeitando, por consequência, os Princípios do Devido Processo Legal, em suas dimensões formal e material, do Contraditório e da Ampla Defesa, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88;

7º) A nulidade do processo por ofensa ao art. 51 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto do Militar) e ao art. 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/99, uma vez que *"os autos não registram sequer a intimação do ora justificante a respeito da deliberação tomada, em sessão secreta, pelos membros do Conselho de Justificação"* e por não ter tido o militar oportunidade para interpor recurso ou pedido de reconsideração;

8º) Incompatibilidade do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei 5.836/72[55], com a Constituição da República, haja vista impedirem a presença do justificante e de seu Defensor na Sessão de Deliberação do Conselho de Justificação, sendo inconciliável com a Carta Magna, em especial os incisos LIV, LX e LX do art. 5º. Cita jurisprudência do STJ e STF nesse sentido.

Quanto ao mérito das imputações do Libelo Acusatório, apontou a insubsistência dos itens 2.1 a 2.5 pelos seguintes motivos:

Item 2.1:

> *"2.1- Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o deco-*

---

[55] Art. 9º, § 1º: O Justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à **sessão secreta de deliberação** do relatório.
Art. 12: Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a **deliberar, em sessão secreta**, sobre o relatório a ser redigido.

ro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao deixar de cumprir solicitação do Cmt do GSB, o então Ten Cel Av Pedro Luis Farcic, em fevereiro de 2006, a apresentar-lhe as contas de energia elétrica para apuração de suposto desvio de energia elétrica do edifício para seu apartamento que residia, e posteriormente, em novembro de 2007, ao alegar inveridicamente dano moral sofrido por ação supostamente praticada pelo Maj Int Elderson Braga Corteletti, que não logrou êxito comprovar, sendo este o Oficial Sindicante para apuração destes fatos, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militares, maculando a honra da caserna;".

Consignou que o Libelo Acusatório extrapolou os limites estabelecidos pela Portaria C-19/GC1 do Comandante da Aeronáutica, por lastrear-se no Estudo Preparatório nº 001-09-C/COJAER/09, que se limitou a prestar assessoria jurídica quanto à oportunidade e conveniência de instaurar o Conselho de Justificação, em razão de condenação criminal já fulminada pela prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa.

Salientou que a reapreciação de fatos já definitivamente julgados pela Administração Pública, nas instâncias apropriadas e nos momentos oportunos, revela ofensa à coisa julgada administrativa, não sendo possível reabrir discussões já definitivamente encerradas, de modo a gerar instabilidade em suas relações com os administrados, além de violar o Princípio da Segurança Jurídica.

Sustentou que o episódio envolvendo as mencionadas faturas de energia elétrica já foi objeto de apuração pela Administração Pública, no bojo da Sindicância 001/2006-C-BAFZ, conforme se verifica da Solução do TCO 077/2006-BAFZ (fl. 35 do Vol. 1).

Frisou que a imputação não autoriza a conclusão de que o Cap Av ERIC FERREIRA BRAGA não teria capacidade para permanecer como Oficial da ativa das Forças Armadas. A uma, porque o Ten Cel Farcic teria apenas solicitado a entrega das faturas de energia elétrica e não proferido ordem nesse sentido. A duas, porque essas faturas somente não foram entregues em razão da impossibilidade material de entregá-las, por não estarem em poder do justificante.

Pontuou ter o militar *sub judice* solicitado a segunda via das referidas contas à empresa fornecedora de energia elétrica e entregou ao

sindicante, agindo dessa forma *"por possuir o maior interesse em provar sua inocência e deixar claro o seu compromisso ético"*.

Quanto à segunda parte do item 2.1 do Libelo Acusatório, no tocante ao dano moral sofrido por ação praticada pelo Maj Int Elderson Braga Corteletti, consignou ter sido publicada em Boletim Interno Confidencial da BAFZ, meio ao qual todos os Oficiais e demais militares possuíam acesso, Solução administrativa da Sindicância 001/2006-C-BAFZ, informando que o justificante descumpriu uma ordem do superior hierárquico. Em virtude da afirmação do Maj Int Elderson Braga Corteletti na solução da sindicância, houve a instauração do processo administrativo de apuração de transgressão disciplinar, o TCO nº 077/2006-BAFZ, cuja solução foi de absolvição. Porém, tal solução não foi publicada em Boletim Interno e em nenhum outro meio.

Ponderou que, no entender do justificante, a afirmação do Maj Int Elderson Braga Corteletti foi realizada em decorrência de mera crença pessoal e sem qualquer realidade fática ou comprovação oficial do alegado, no intuito de prejudicá-lo, tendo, assim, sua imagem, honra e dignidade abaladas.

Aduziu que a tutela jurisdicional do Estado é garantia fundamental de todo cidadão, civil ou militar, a teor do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, e o fato de o Oficial justificante ter buscado o Poder Judiciário para a salvaguarda de seus direitos constituiu o legítimo exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

Item 2.2:

> *"2.2- Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, em novembro de 2007, ao alegar inveridicamente dano moral sofrido por ação praticada pelo então Cap Av Jorge Monteiro Lopes Júnior, que não logrou êxito comprovar, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militares, maculando a honra da caserna;"*.

Expôs ter o Cap Av Jorge Monteiro Lopes Júnior afirmado, no processo administrativo TCO 148-C/2005, *"que o Cap ERIC exaltou-se, sendo rude e agressivo com o Cap Av Curityba, que é oficial mais antigo que o Cap ERIC, diante de oficiais mais modernos (...)"* e *"que chamou a*

atenção do Cap ERIC pelo excesso cometido com o Cap Curityba, o qual não tomou nenhuma atitude que merecesse tal reação (...)". Porém, foi comprovado, oficialmente, que as declarações mencionadas não condiziam com a realidade fática. Entretanto, o Cap Av Jorge Monteiro Lopes Júnior voltou a declarar, meses depois, o mesmo episódio, demonstrando, assim, intenção de menoscabar a imagem e a moral do justificante.

Salientou que esse sentimento do justificante em relação ao Cap Av Jorge Monteiro Lopes Júnior, no sentido de tê-lo como inimigo pessoal, praticando ações que o prejudicavam, foi oficialmente comprovado pela decisão do STM, em sede de Arguição de Suspeição nº 2007.01.000025-5 que, por unanimidade, julgou *"procedente a arguição de suspeição suscitada contra o Cap Aer Jorge Monteiro Lopes Júnior, como Juiz Militar membro do Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica (CEJ – Aer), que julgará o Processo nº 17/06-7"* (fl. 2.703 - V. 13).

Pontuou, como já afirmado na análise do item 2.1, que o fato de o Oficial justificante ter buscado o Poder Judiciário para a salvaguarda de seus direitos constituiu nada mais do que o legítimo exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

Item 2.3:

> *"2.3- Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao provocar transtornos e abalo na ordem e na disciplina castrense na BACG, precisamente no Cassino de Oficiais, violando deveres que lhe são impostos como militar, praticando atos que não são condizentes com a conduta de um oficial das Forças Armadas, treinado ao longo da carreira, para exercício de funções de comando e a ter conduta moral e profissional irrepreensíveis, a ter a responsabilidade e a praticar a verdade como fundamento de dignidade pessoal;"*.

Quanto ao item 2.3, salientou ser a imputação totalmente nula e excessivamente genérica, vaga e imprecisa, impossibilitando o exercício do direito de defesa com a amplitude exigida pela Constituição da República em seu art. 5º, inciso LV.

Esclareceu não bastar que o Libelo Acusatório afirme ter o justificante praticado conduta irregular, sendo necessário que o referido documento explicite qual a conduta foi considerada irregular e narre o modo

como ela teria ocorrido, indicando, pelo menos, as respectivas circunstâncias de tempo e lugar, nos moldes da Denúncia que deflagra o processo penal.

Caso não seja assim entendido, em razão do Princípio da Eventualidade, assinala que os fatos referentes ao item 2.3 ocorreram em julho de 2005 e, desde então, já transcorreu lapso temporal superior a 6 (seis) anos, consumando-se, portanto, a prescrição.

Além disso, os fatos foram apurados pela Administração Militar havendo, inclusive, aplicação de punição ao justificante (6 dias de prisão). Assegurou não ser lícita a aplicação de nova penalidade em razão dos mesmos fatos, o que constituiria *bis in idem*. Citou a Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal para quem *"é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira"*, e colacionou jurisprudência do STJ sobre o tema.

Item 2.4:

> *"2.4- Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao representar duas vezes contra oficiais superiores hierárquicos, uma vez no Ministério Público Militar do Ceará, e outra no Ministério Público Federal do Ceará, alegando atos de improbidade e imoralidade administrativas, sem lograr êxito na comprovação, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militares, maculando a honra da caserna, desrespeitando o compromisso militar assumido, de que trata ainda o art. 32 e 33 do Estatuto Militar;"* (grifo nosso).

Igualmente, apontou a prescrição da citada imputação, pois os fatos ocorreram em 22 e 29 de março de 2006, perfazendo mais de 6 (seis) anos da data em que foram praticados.

No tocante ao teor das representações subscritas pelo justificante, encaminhadas ao Ministério Público Militar e ao Ministério Público Federal e acompanhadas de documentação que fundamentasse suas alegações, consignou ser direito de qualquer cidadão a possibilidade de peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, a teor do art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da CF/88.

Item 2.5:

> *"2.5- Por ter sido condenado à pena de 3 meses de detenção, incurso no art. 160 do Código Penal Militar, com benefício do* sursis *pelo prazo de 2 anos, por Sentença datada de 5 de dezembro de 2008, transitada em julgado em 17 de dezembro de 2008, tendo sido declarada, nessa mesma data, extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição punitiva* ex vi *do art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, § 1º, inciso VI, tudo do Código Penal Militar."* (grifo nosso).

Mais uma vez, pontuou ser inexistente a imputação baseada em fatos declarados prescritos na Sentença criminal, que equivale a uma Sentença absolutória.

Ademais, indicou ter o fato ocorrido em 22 de fevereiro de 2006 e estar prescrito, portanto, em face do parágrafo único do art. 18 da Lei nº 5.836/72, *in verbis*:

> *"Art. 18. Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.*
>
> *Parágrafo único. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos".*

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 3.441/3.448, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, opinou pela rejeição das preliminares levantadas pela Defesa e pelo acolhimento da preliminar de nulidade do feito, sem renovação, arguida pela PGJM. Suscitou, nesse ínterim, a incompatibilidade da Lei 5.836/72 com a atual ordem constitucional, no que diz respeito à forma de início do processo.

Argumentou que o Conselho de Justificação:

> *"(...) nada mais é do que uma ação de perda de cargo, considerando a vitaliciedade de que gozam os oficiais, de acordo com o artigo 142, § 2º, inciso VI, da CF/88. Assim sendo, a remessa dos autos de que fala o artigo 13, inciso V, da mencionada lei, só pode ser entendida, dentro da atual ordem constitucional, como uma ação ordinária com pedido de declaração de incompatibilidade ou de indignidade. Cumpre, portanto, que as-*

sim seja feito através da Advocacia-Geral da União, com os requisitos do artigo 282 do CPC".

No mérito, pugnou pela declaração da prescrição dos fatos imputados no Libelo Acusatório e, se ultrapassada, seja declarado o Oficial justificado, ante a ausência de provas convincentes de ofensa ao pundonor militar.

Alternativamente, caso a preliminar de nulidade da PGJM não seja acolhida, requereu o seu recebimento como pedido de alteração do Regimento Interno do STM, para que a remessa do Conselho de Justificação ao STM venha na forma de ação, assinada pelo Comandante e por um Advogado da União designado para acompanhar o feito.

Em face do indeferimento pelo Relator (fls. 3.472/3.476) dos pedidos de suspensão do feito, a fim de se aguardar a decisão dos Mandados de Segurança nºs 19.420, 19.935 e 19.988, em trâmite no STJ, e de oitiva do justificante antes da inclusão do feito em julgamento, nos termos do art. 8º, item I, do Pacto de São José da Costa Rica e do art. 14, item I, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Defensoria Pública da União restou intimada (fl. 3.478), interpondo o Agravo Regimental acostado às fls. 3.482/3.493.

Em Decisão de fls. 3.496/3.498, em Juízo de Retratabilidade, o Relator manteve integralmente o *decisum* agravado e submeteu o feito ao Plenário da Corte. Em 12 de novembro de 2013, o Tribunal, por unanimidade, conheceu e não acolheu o Agravo Regimental interposto pela Defensoria Pública da União, para manter inalterada a Decisão agravada (fls. 3.507/3.517).

É o relatório.

VOTO

Antes de analisar os fatos constantes dos presentes autos, permito-me tecer algumas considerações em torno da razão de ser (*ratio essendi*) de os processos desta natureza (Conselho de Justificação) sujeitarem-se à jurisdição desta Corte Militar da União.

Ao tratar "Das Forças Armadas", a Constituição Federal de 1988 estabelece:

> *"Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais per-*

manentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;

[...]

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; [...]".

A competência desta Corte Castrense para processar e julgar processos de Conselho de Justificação decorre do previsto no art. 124 da Carta Política, *in verbis*:

"Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.".

Em decorrência desse preceito maior, foi editada a Lei nº 8.457/92, que assim dispõe:

"Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

II – julgar:

[...]

f) os feitos originários dos Conselhos de Justificação.".

Conforme se sabe, no âmbito militar, o grau hierárquico do Oficial é definido pelo **posto**, que é conferido por atos do Presidente da República e dos titulares das Forças Singulares. O documento que confirma o posto é a Carta-Patente.

A matéria está disciplinada no art. 16, § 1º, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto do Militares), com a seguinte redação:

> *"Art. 16. Os círculos hierárquicos e a escala hierárquica nas Forças Armadas, bem como a correspondência entre os postos e as graduações da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, são fixados nos parágrafos seguintes e no Quadro em anexo.*
>
> *§ 1° Posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do [...] e confirmado em Carta Patente.".*

O referido Estatuto enumera as prerrogativas dos militares, estabelecendo o seguinte:

> *"Art. 50. São direitos dos militares:*
>
> *I - a garantia da patente em toda a sua plenitude, com as vantagens, prerrogativas e deveres a ela inerentes, quando oficial, nos termos da Constituição; [...]".*

Via de regra, as chamadas **carreiras típicas de Estado** são providas da garantia da **vitaliciedade**.

São consideradas carreiras típicas de Estado aquelas relacionadas às atividades de Fiscalização Agropecuária, Tributária e de Relação de Trabalho, Arrecadação, Finanças e Controle, Gestão Pública, Segurança Pública, Diplomacia, Advocacia Pública, Defensoria Pública, Regulação, Política Monetária, Planejamento e Orçamento Federal, Magistratura e o Ministério Público.

Na atual organização política do Estado, as Forças Armadas estão inseridas no Capítulo II do Título V da Constituição Federal de 1988, que trata **Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.**

Embora não explicitamente reconhecida em qualquer diploma legal, à semelhança do que ocorre com a Magistratura (LOMAN) e o Ministério Público, verifica-se que as garantias constitucionais conferidas aos Oficiais das Forças Armadas se apresentam como típicas de **vitaliciedade**, uma vez que a destituição dos cargos somente pode decorrer de sentença judicial, com força de definitiva.

A respeito do tema **vitaliciedade**, esclarece MARIA SYLVIA DI PIETRO[56]:

---

[56] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ed. Atlas. 2003. p. 490.

> *"Provimento vitalício é o que se faz em cargo público, mediante nomeação, assegurando ao funcionário o direito de permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial transitada em julgado.".*

Nesse mesmo sentido é a lição de HELY LOPES MEIRELLES[57], quando preleciona:

> *"A demissão de vitalícios – servidores investidos em caráter perpétuo no cargo – e dos estáveis – servidores que adquiriram direito de permanência no serviço público – depende, em qualquer caso, de sentença judicial ou, tratando-se de estável, de processo administrativo em que se lhe assegure ampla defesa (C.F. arts. 41, § 1º, 95, I, e 128, § 5º, I).".*

Diante do exposto, conclui-se que a perda de posto e patente de Oficiais das Forças Armadas, considerados indignos, somente pode decorrer, em tempo de paz, a partir de decisão de tribunal militar de caráter permanente.

Daí, enfeixando o raciocínio inicial, a razão de ser da Lei nº 5.836/72, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, é regular o processo e o julgamento de Oficiais das Forças Armadas, quando possam vir a ser considerados indignos e estejam sujeitos à perda de posto e patente.

A propósito, cabe registrar que a referida Lei n° 5.836/72 apresenta algumas impropriedades técnico-jurídicas que devem ser revistas, com a brevidade possível, visando adequar a legislação especial ao moderno ordenamento jurídico pátrio, particularmente no que se refere aos seguintes tópicos:

1º) A **reforma do oficial, por incompatibilidade, com transferência para a reserva remunerada**, poderá ser efetivada no âmbito administrativo mediante procedimento administrativo próprio de avaliação periódica de desempenho (art. 41, § 1º, inciso III, da CF/88), onde devem ser asseguradas as garantias constitucionais, uma vez que não há previsão, no texto constitucional vigente, de que a **reforma de Oficial** depende de decisão judicial, mesmo porque não implica perda de posto e patente;

2º) Sujeitar os Oficiais das Forças Armadas condenados às penas privativas de liberdade superiores a 2 (dois) anos, ou outras circunstâncias

---

[57] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Malheiros. 34ª edição, 2008. p. 472.

(artigos 99 e 100 do CPM), a Conselho de Justificação, para fins de efetivação da pena acessória de declaração de indignidade, visando à possibilidade de ser declarada a **perda do posto e da patente**.

Por oportuno, entendo que o procedimento que vem sendo adotado atualmente pelo Superior Tribunal Militar, para declarar a perda de posto e patente de Oficiais das Forças Armadas condenados definitivamente às penas privativas de liberdade superiores a 2 (dois) anos, consubstanciado no procedimento de REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE OU INCOMPATIBILIDADE PARA COM O OFICIALATO, nos termos do art. 112 e seguintes do Regimento Interno/STM, fere o **Princípio da Legalidade** (art. 5º, inciso II, da CF).

O preceito regimental em questão constitui **norma *interna corporis***, **sem força de lei**, na acepção formal de **LEI ORDINÁRIA**, editada pelas Casas do Congresso, nos termos do art. 59, inciso III, da CF, pois, somente nesta condição, é que passaria a ter força de **lei**, ou seja, *"... a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato, que lhe é outorgado pelo povo."*[58].

Feitas essas considerações prefaciais, passo a enfrentar as questões preliminares suscitadas pelo Ministério Público Militar e, numa segunda fase, as suscitadas pela defesa do justificante.

I – DAS QUESTÕES PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR:

Ao se manifestar nos presentes autos de Conselho de Justificação, o nobre representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em seu Parecer de fls. 3.441/3.448 (v. 16), suscitou várias questões preliminares que, em análise mais acurada, visam, em resumo:

> *"a) A nulidade do feito, sem renovação, por incompatibilidade da Lei nº 5.836/72 com a atual ordem constitucional, no que diz respeito a processo destinado à perda de posto e patente de Oficial das Forças Armadas, que segundo o nobre Subprocurador-Geral, somente poderia ter início por meio de ação ordinária, em obediência ao disposto no art. 282 do CPC; e,*
>
> *b) Caso assim não entenda a Corte, requer o seu recebimento como pedido de alteração do Regimento Interno para que a remessa do Conselho de Justificação ao STM venha a ocor-*

[58] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Ed. Forense, 1999. p. 481.

rer na forma de ação, assinada pelo Comandante e por um Advogado da União, especialmente designado para acompanhar o feito".

A toda evidência, as referidas questões não podem ser analisadas em sede de preliminar, a título de questão prejudicial de mérito, conforme pretende o ilustre Parecerista.

Inicialmente, porque a aventada nulidade do feito *por incompatibilidade da Lei 5.836/72 com a atual ordem constitucional* estaria a exigir exame aprofundado de questões referentes ao controle difuso da constitucionalidade das leis.

Segundo a acepção da "*Teoria Pura do Direito*", idealizada por Hans Kelsen, embora as imperfeições técnicas das leis devam ser enfrentadas à luz da supremacia da Constituição, há de atentar para a natureza de procedimento administrativo de que se reveste a questionada Lei nº 5.836/72.

Não tem propósito penal ou cível em sua acepção técnica.

Instaura-se o procedimento administrativo sempre que o Oficial das Forças Armadas for acusado, oficialmente, de ter adotado procedimento incorreto no desempenho do cargo, de ter tido conduta irregular, ou da prática de atos que afetem a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro de classe.

O objetivo perseguido é a mera declaração para que o Oficial das Forças Armadas seja considerado justificado ou não. Nada mais do que isso.

Tamanha é a abrangência dos objetivos, que pode o Conselho de Justificação ser instaurado, inclusive, a pedido de Oficial, quando se considerar injustiçado e queira comprovar sua inocência.

Por tais razões e fundamentos, e considerando que a tese invocada pelo nobre Subprocurador-Geral de Justiça Militar se assenta em avaliações meramente subjetivas, deixo de enfrentar essas questões preliminares, preferindo enfrentá-las no bojo das questões de fundo, uma vez que com elas se confunde.

Ante o exposto, REJEITO as questões preliminares suscitadas pela douta PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR.

II – DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA DO JUSTIFICANTE:

Passo a analisar os argumentos apresentados em favor do justificante, frente aos termos do Libelo Acusatório que ensejou a instauração do presente Conselho de Justificação.

Submeto à apreciação da Corte, inicialmente, as questões prejudiciais apresentadas pela Defesa do justificante, constante da promoção de fls. 3.318/3.398, na forma que se segue:

Quanto ao pedido de **SUSPENSÃO DO FEITO**, de modo a aguardar o resultado do julgamento dos Mandados de Segurança nominados à fl. 3.337, bem como a **NOVA OITIVA DO JUSTIFICANTE**, cabe esclarecer que a matéria já está superada, uma vez que este Relator já apreciou essas questões por meio da Decisão de fls. 3.472/3.476, de 24 de setembro de 2013, oportunidade em que entendeu por bem **indeferir a pretensão**. A Decisão monocrática em comento foi contestada por meio do Agravo Regimental de fls. 3.482/3.493, que foi julgado em Sessão Plenária de 12 de novembro de 2013, oportunidade em que esta Corte, por unanimidade de votos, não acolheu a pretensão da Defesa, nos termos do Acórdão acostado às fls. 3.507/3.517.

Trata-se, portanto, de questão preclusa, decorrente de decisão judicial já transitada em julgado. Como é cediço, a coisa julgada formal representa uma qualidade que as decisões finais adquirem por não aceitarem mais impugnações no mesmo processo, em decorrência do esgotamento da possibilidade de recurso.

Ante o exposto, não conheço dos pedidos de SUSPENSÃO DO FEITO e DE NOVA OITIVA requeridos pela Defesa do justificante.

III – DA NULIDADE DO ATO DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO BASEADO EM DECISÃO JUDICIAL EM QUE FOI DECLARADA A EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE:

Passo a enfrentar outras questões preliminares, prejudiciais de mérito, arguidas pela Defesa, como se segue:

Argui a Defesa a nulidade da PORTARIA C-19/GCI, de 3 de novembro de 2009, subscrita pelo Exmº Sr. Comandante da Aeronáutica, que adotou, como fundamento para instauração do Conselho de Justificação (art. 2º, inciso I, alínea "a", da Lei nº 5.836/72), a condenação à

pena de 3 (três) meses de detenção, como incurso no art. 160 do CPM, sofrida pelo justificante perante a Auditoria da 10ª CJM.

Argumenta o nobre Patrono que a sentença condenatória em comento não poderia ensejar a instauração do referido Conselho, uma vez que a punibilidade havia sido declarada extinta, em face da prescrição da pretensão punitiva, ocorrida em 17 de dezembro de 2008, com trânsito em julgado em 8 de janeiro de 2009.

Esclareça-se, a bem da verdade, que, caso fosse a mencionada condenação o único motivo adotado para a instauração do Conselho, persistiriam, ainda, outras razões para deflagração do Conselho.

Observa-se do Libelo Acusatório de fls. 595/598 que outros quatro motivos distintos autorizaram a medida adotada pelo Senhor Comandante da Força Aérea, o que afasta essa questão aventada pela Defesa.

Ante o exposto, rejeito a mencionada preliminar de nulidade por falta de suporte legal.

IV – DA PRESCRIÇÃO DOS FATOS CONSTANTES DO LIBELO ACUSATÓRIO:

A **prescrição**, por sua ampla aplicação no campo do Direito, merece algumas reflexões mais aprofundadas antes de ser enfrentada.

Os romanos, precursores do nosso ordenamento jurídico, consideravam a **prescrição** como forma de **exceção**[59], que está disciplinada em nossa Lei Adjetiva Castrense (art. 128 do CPPM) como matéria de defesa.

Exceptio[60] e *praescription*[61] possuíam sentidos equivalentes. Nas demandas judiciais o réu alegava a prescrição *(praescription)* como forma de defesa para invocar a existência de previsão legal (*prae* – antes ou prévia; *scription* – norma escrita).

---

[59] DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Ed. Forense. 15ª ed, 1999. p. 633.

[60] *Exceptio* = exceção.

[61] *Praescription* = prescrição: perda da ação atribuída a um direito, em consequência do não-uso dela, durante determinado espaço de tempo (Clóvis Bevilácqua) – VALLE, Gabriel. *Dicionário de Expressões Jurídicas*. Copola, 2002. p. 282.

Hodiernamente, a **prescrição** pode ser definida como *"o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele, por certo lapso de tempo."*[62].

Também se define que *"[...] a prescrição, pela teoria geral do direito, consiste na perda do direito à ação pelo transcurso do tempo fixado pelo legislador (prazo para o exercício do direito subjetivo)."*[63].

O instituto da prescrição se manifesta, em sua essência, como meio de adquirir direito ou de se livrar de obrigação, particularmente nas relações jurídicas entre o Estado e o cidadão.

No âmbito penal, no tocante ao direito de punir (*jus puniendi*) conferido ao Estado-Juiz, por implicar cerceamento do direito de locomoção, ou do direito à liberdade, o legislador acercou-se de critérios mais rigorosos de controle.

Em quase todos os campos do Direito, o instituto da prescrição se apresenta com contornos próprios. Sem enumeração exaustiva, integra as normas de Direito Tributário, Eleitoral, Trabalhista, Civil, Constitucional, Internacional (público e privado), Penal, etc.

Todavia, é no campo do Direito Administrativo que mais nos interessa de perto, à luz da natureza de procedimento administrativo de que se revestem os feitos de Conselho de Justificação, conforme assentado pela Suprema Corte em inúmeros julgados.

A Carta da República, ao tratar "Da Administração Pública", nas "Disposições Gerais", estabelece que:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *XXII - as administrações [...]*
>
> *§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a*

---

[62] DE PLÁCIDO E SILVA, *op. cit.*, p. 634.

[63] GALIANO, Leonardo. *Decadência e Prescrição*. Coord: Ives Gandra da Silva Martins. RT, 2007. p. 447.

indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao Erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.".

O Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, disciplinado pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no que concerne à Ação Disciplinar, assim preceitua:

"Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.".

HELY LOPES MEIRELLES[64], ao tratar do Controle da Administração, esclarece que:

"A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do poder Público sobre matéria sujeita à sua apreciação.".

E, adiante, ainda sobre o mesmo tema, esclarece o renomado administrativista pátrio:

"Mas não se confunda o prazo de prescrição com o de tramitação do expediente na repartição: aquele é extintivo do

---

[64] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Ed. Malheiros, 2008. p. 690.

poder de praticar o ato; este é meramente regulatório da atividade interna da Administração e, por isso mesmo, não invalida o ato praticado pela autoridade fora de seu prazo de despacho.".

A respeito de prescrição em matéria de Conselho de Justificação, o culto e operoso Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Edmar Jorge de Almeida, ao manifestar-se nos autos do Conselho de Justificação nº 2008.02.000194-9, pela nova numeração única 5-93.2004.7.00.0000 (2), fez consignar em seu judicioso Parecer, com muita propriedade, que:

> *"Definida **a natureza administrativa dos Conselhos de Justificação**, indispensável é que **a lei de regência é a civil, não a penal** e, nessa esfera, não há que se falar em prescrição, tendo em vista a sua natureza e efeitos, distintos dos institutos penais e processuais penais.*
>
> *Os seis anos estatuídos pela Lei dos Conselhos de Justificação – art. 18 da Lei nº 5.836/72 – referem-se ao tempo em que a pretensão há de ser ajuizada e, instaurado o procedimento administrativo especial, tal período não deve ser aferido para conclusão do Processo Administrativo, tomadas em linha de conta, ademais, as causas interruptivas e suspensivas da prescrição, nos termos do art. 219, § 1º, do CPC e art. 202, I do CC.*
>
> *Tratando-se de **decisão constitutiva negativa**, de natureza administrativa, reitere-se, a decisão do Tribunal nos casos de perda de posto e patente, tal como compreende o culto Subprocrador-Geral de Justiça Militar, Professor Doutor Carlos Frederico de Oliveira Pereira, não há prescrição a ser reconhecida enquanto não resolvida a questão perante o Superior Tribunal Militar."* (destaquei).

Referiu-se o Dr. Edmar Jorge de Almeida ao Parecer emitido pelo Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, conforme publicação de matéria na Revista do Superior Tribunal Militar 1992/1993, vols. 14/15.

Por conseguinte, alinhando-me aos doutos ensinamentos acima transcritos, firmo posicionamento de que a prescrição a que alude o art. 18 da Lei nº 5.836/72 passa a correr da data de instauração do respectivo Conselho de Justificação, e não das datas dos fatos ensejadores da instauração do procedimento administrativo.

O Conselho de Justificação ora *sub judice* foi instaurado pela Portaria nº C-19/GC1, de 3 de novembro de 2009, do Exmº Sr. Comandante da Aeronáutica (fl. 3).

Assim sendo, o prazo prescricional dos fatos narrados no Libelo Acusatório de fls. 595/598, a teor do disposto no art. 18 da Lei nº 5.836/72, verificar-se-á pela contagem do prazo de 6 (seis) anos entre os fatos individualizados e o momento da instauração do Conselho de Justificação, conforme já exposto, ocorrido, no caso em análise, em 3 de novembro de 2009.

Dessa forma, caso o Libelo Acusatório narrasse fato ocorrido antes de 3 de novembro de 2003, já teria sido alcançado pela referida prescrição.

Feitas essas considerações, passo a analisar, de forma individualizada, os fatos constantes do referido Libelo Acusatório.

TÓPICO 1:

> *"2.1. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos no artigo 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao deixar de cumprir solicitação do Cmt do GSB, o então Ten Cel Av PEDRO LUIS FARCIC, em fevereiro de 2006, a apresentar-lhe as contas de energia para apuração de suposto desvio de energia elétrica do edifício para seu apartamento que residia e, posteriormente, em novembro de 2007, ao alegar inveridicamente dano moral sofrido por ação supostamente praticada pelo Maj Int Elderson Braga Corteletti, que não logrou êxito comprovar, sendo este o Oficial Sindicante para apuração destes fatos, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militares, maculando a honra da caserna;".*

Os fatos ocorreram em fevereiro de 2006 e novembro de 2007, conforme já exposto. Portanto, não se operou a prescrição.

Analiso, em seguida, o tópico 2.2 do referido Libelo, assim descrito:

TÓPICO 2:

> *"2.2. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos no artigo 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, em novembro de 2007, ao alegar*

inveridicamente dano moral sofrido por ação praticada pelo então Cap Av JORGE MONTEIRO LOPES JÚNIOR, que não logrou êxito comprovar, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militar, maculando a honra da caserna;".

Ainda que tenham ocorrido em novembro de 2007, os fatos ainda não prescreveram, pois a instauração do presente Conselho de Justificação, em 3 de novembro de 2009, interrompeu a contagem do prazo prescricional.

TÓPICO 3:

"2.3. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previsto no artigo 27, 28 e 31 do Estatuto dos militares, ao provocar transtornos e abalo na ordem e na disciplina castrense na BACG, precisamente no Cassino de Oficiais, violando deveres que lhe são impostos como militar praticando atos que não são condizentes com a conduta de um oficial das Forças Armadas, treinado ao longo da sua carreira para exercício de funções de comando e a ter conduta moral e profissional irrepreensíveis, a ter a responsabilidade e a praticar a verdade como fundamento de dignidade pessoal;".

A narrativa dos fatos contidos nesse tópico 3 do Libelo Acusatório diz respeito a fatos ocorridos na Base Aérea de Campo Grande, precisamente no Hotel de Trânsito de Oficiais (HTO) daquela Base, fatos esses narrados, com minúcias, na Parte nº 1/GSB, cuja cópia acha-se acostada às fls. 374/375 (vol. 3), ocasião em que o ora justificante, além de tratar de *"forma ríspida"* a funcionária civil Letícia, responsável pela administração do hotel, também teria registrado o horário de sua entrada no hotel, de forma equivocada, ao invés de horário "PAPA", que corresponde ao horário local, o fez como sendo horário "ZULU", que corresponde ao Meridiano de Greenwich, que, naquela localidade, guarda diferença de 4 (quatro) horas, com o propósito, ao que pareceu, inicialmente, de pagar uma diária a menos naquele hotel de trânsito.

Segundo consta da referida Parte nº GBS (fls. 374/375), os fatos ocorreram no dia 18 de junho de 2005. Da mesma forma não se operou a prescrição.

TÓPICO 4:

> *"2.4. Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos no artigo 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao representar duas vezes contra oficiais superiores hierárquicos, uma vez no Ministério Público Militar do Ceará, e outra no Ministério Público Federal do Ceará, alegando atos de improbidade e imoralidade administrativas, sem lograr êxito na comprovação, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militar, maculando a honra da caserna, desrespeitando o compromisso militar assumido, de que trata ainda o art. 32 e 33 do Estatuto Militar (SIC);".*

As provas constantes dos autos noticiam que os fatos tiveram início em 10 de novembro de 2006, quando o ora justificante compareceu à Procuradoria da República no Estado do Ceará e prestou as declarações constantes do Termo de fl. 1.487 (v. 8), relatando fatos ocorridos na Base Aérea de Fortaleza, envolvendo o Comandante daquela OM, fatos esses relacionados a seu afastamento de voo, por tentar influenciar, com pensamentos inovadores, os Aspirantes; por conceitos desfavoráveis recebidos do Comando, para fins de promoção; por ter sido colocado em função incompatível com sua especialidade; por entreveros com um Oficial Superior (Ten Cel Farcic) que lhe tomou das mãos documentos militares, oportunidade em que o ora justificante chamou seu advogado para ir à Base e não acatou a ordem para desligar o telefone, etc.

Nessa oportunidade, segundo as conclusões do Conselho de Justificação (fl. 3.236 e seguintes – v. 15), o ora justificante "[...] de forma solerte, apropriou-se de documentos, inclusive alguns de caráter sigiloso, sem que tivesse autorização para tanto, ou que tivesse a necessidade funcional para o mesmo, atitude esta que não se espera de um oficial das Forças Armadas.".

A despeito de não haver o ora justificante alcançado seu objetivo, que era a instauração da Ação Civil Pública pela Procuradoria Regional da República, diante da ausência de sustentação jurídica da representação, o fato é que a conduta do ora justificante ocasionou sérios problemas aos Órgãos envolvidos, tanto no âmbito da Administração Militar, como perante o Ministério Público Federal, que teve de adotar diversas providên-

cias no âmbito de suas atribuições, sem razão plausível, diante das notícias frágeis e descabidas ventiladas pelo referido oficial.

Outra representação também foi feita pelo ora justificante à Procuradoria da Justiça Militar de Fortaleza/CE, conforme consta às fls. 1.490/1.492 (vol. 8), na qual o Promotor da Justiça Militar relata que o nominado Oficial compareceu perante aquele Órgão, no dia 22 de março de 2006, acompanhado de sua Advogada, oportunidade em que relatou fatos ocorridos em Campo Grande/MS, o que ensejou a instauração do IPM nº 37/06, que, ao final, foi arquivado por inconsistência das notícias veiculadas pelo ora justificante.

A despeito de todas essas considerações, à luz das datas em que foram formuladas as representações pelo justificante, reafirmo que foram feitas de modo leviano e maldoso, sendo que, quanto a tais fatos, ainda não se operou a prescrição.

Por derradeiro, passo a analisar o último tópico do Libelo Acusatório, que foi formulado nos seguintes termos:

> *"2.5. Por ter sido condenado à pena de 03 meses de detenção, incurso no Artigo 160 do Código Penal Militar, com benefício do 'sursis' pelo prazo de 02 anos, por sentença datada de 05 de dezembro de 2008, transitada em julgado em 17 de dezembro de 2008, tendo sido declarada, nessa mesma data, extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição punitiva* ex vi *do artigo 123, inciso IV, c/c o artigo 125, §1º inciso VI, tudo do Código Penal Militar."*.

Ao analisar os fatos relacionados à referida Ação Penal Militar, o Conselho de Justificação fez consignar em sua Conclusão (fls. 3.248/3.250), *in verbis*:

> *"Considerando que transitado em julgado, em 17 de dezembro de 2008, a sentença que o condenou à pena de 3 meses de detenção, incurso no art. 160 do CPM (desrespeito a superior), pela 10ª Circunscrição Judiciária Militar, nos autos do Processo nº 17/06-7, com benefício dos* sursis *pelo prazo de 2 anos, datada de 5 de dezembro de 2008, e que a decisão do STM tornou imutável a decisão condenatória, apesar da redução de pena com direito a* sursis*; essas fortes palavras querem dizer que essa 'mancha' é indelével. Que jamais será resgatada a con-*

dição anterior, qualquer que seja ela, e que vai acompanhar o indivíduo pelo resto da sua vida, com um rótulo, a declarar seu delito;

Considerando que, ao lado do valor militar, caminha a postura ética, manifestada no sentimento do dever, do pundonor militar e no decoro da classe que integra. Que a conduta moral e profissional do militar deve estar orientada pelo acatamento aos preceitos maiores da ética militar espelhados no amor à verdade, na dignidade do exercício das funções atribuídas, no respeito à dignidade da pessoa humana, no cumprimento das leis, regulamentos, instruções e ordens das autoridades competentes, na ação justa e imparcial para com os outros, no exercício do companheirismo e da camaradagem e tantos outros parâmetros da conduta militar, o crime de Desrespeito a Superior Hierárquico, vem de encontro a todos os preceitos morais e éticos citados.

Considerando que a função militar gera a criação de um vínculo estreito com a Pátria e o sentimento de sua preservação e defesa, onde dentro desse contexto se originam os vários deveres militares, entre os quais o da dedicação e fidelidade à Pátria, o culto aos Símbolos Nacionais, a probidade e lealdade em todas as ocasiões e circunstâncias, a disciplina e o respeito à hierarquia, o cumprimento das obrigações e ordens, e que isso foi desrespeitado.

Considerando que a possibilidade de resgatar as suas condições morais e éticas, com o fim de prosseguir na carreira é tida como inaceitável, pois o crime doloso cometido expressou claramente o desvio de caráter, em situação voluntária, e que por isso não há como se corrigir uma conduta que não foi doentia, mas voluntária e consciente.

Considerando que a Força Aérea Brasileira forja Oficiais para o combate, a fim de cumprir seu papel constitucional, e que exigirá coragem, honra, sentimento de cumprimento do dever, amor à Pátria e lealdade.

Considerando que a lealdade exige confiança e que esta restou quebrada pelo Justificante, por tudo o que se verificou nos autos.

Considerando que a restituição da confiança no oficial em questão não será restabelecida, conquanto o mesmo não entenda que suas atitudes não foram corretas;

Considerando que, no caso de violação de algum preceito ético-militar, este será tanto mais grave quanto maior for o grau hierárquico do infrator; e

Considerando que sob a ótica da moralidade, inerente às atividades desenvolvidas por militares, em especial Oficiais, não há como considerar que esse oficial esteja plenamente capacitado para prosseguir normalmente em sua carreira;

Resolve o Conselho de Justificação, por unanimidade, julgar o Justificante, Cap Av ERIC FERREIRA BRAGA, culpado das acusações que lhe foram feitas, tendo em vista o disposto no art. 29 (sic)[65], da Lei 5.836/72, incisos I, letra 'b' e IV, estando incapaz de permanecer como Oficial da ativa da Força Aérea Brasileira (...)".

Por tais fundamentos, rejeito essa preliminar de prescrição por falta de amparo legal.

V – DAS OUTRAS PRELIMINARES DE NULIDADE:

Foram arguidas pela Defensoria Pública da União, ainda em sede de preliminar, as seguintes nulidades:

a) NULIDADE DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO EM RAZÃO DA ILEGALIDADE DE SEU FUNDAMENTO;
b) NULIDADE DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA; e
c) NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS.

Tais questões foram aventadas no desenvolvimento das teses de defesa, não tendo sido demonstrado, objetivamente, qualquer prejuízo direto à defesa do justificante, tampouco que tais nulidades, em tese, teriam influenciado na apuração da verdade substancial dos fatos, razões pelas quais REJEITO tais questões preliminares de nulidade, por não vislumbrar atendidas as exigências contidas nos artigos 499 e 502, ambos do CPPM.

VI – DA PRELIMINAR DE NULIDADE DOS ATOS DO CONSELHO REALIZADOS EM SESSÃO SECRETA:

Consta da Ata da 8ª Sessão do Conselho de Justificação de fls. 3.022/3.023 (vol. 15) que:

"[...] presentes todos os membros do Conselho de Justificação, o justificante Cap Av ERIC FERREIRA BRAGA, identidade

[65] Não existe o art. 29, e sim o 2º, incisos I, alínea "b", e inciso IV, da Lei nº 5.836/72.

COMAER: 477:155, servindo atualmente na Base Aérea de Santa Cruz (BASC) DESACOMPANHADO de seu defensor técnico, apesar de orientado pelo presidente e de ter disponibilizado o tempo necessário para sua constituição, e as Testemunhas, designadas para acompanharem a entrega das demais informações requeridas na Defesa Prévia do Justificante, [...]".

Registra a referida Ata:

> *"Abriu o Presidente a sessão às 14:20 horas (HBV), tendo sido avisado aos presentes que todos os procedimentos e documentos tratados nos autos, bem como as Sessões, são de caráter RESERVADO, não sendo autorizado gravações, nem filmagens das sessões realizadas; sendo entregue pelo Justificante, ao Conselho, a Complementação de sua Defesa Prévia, composta de 44 (quarenta e quatro) folhas e anexo composto de 78 (setenta e oito) folhas, totalizando 122 (cento e vinte e duas) folhas; o Justificante solicitou, também, que fosse constado em Ata a entrega de provas documentais, como complementação do anexo de sua defesa, compostas de 18 (dezoito) folhas. O Justificante, com concordância do Conselho, apresentou verbalmente os principais pontos de sua defesa referente aos itens do Libelo Acusatório.".*

Como se observa, os atos instrutórios do Conselho de Justificação foram realizados com a presença física do justificante.

É evidente que, em se tratando de procedimentos que envolviam um Oficial, não seria recomendada a presença de praças e subalternos do justificante, mesmo que objetivando preservar os princípios de hierarquia e disciplina e resguardar o direito de privacidade do referido Oficial perante os demais subordinados, que poderiam tomar conhecimento de fatos desabonadores, relacionados a sua pessoa.

Observou-se, no caso, a regra contida no art. 5º, inciso LX, da Constituição da República, que tem a seguinte redação:

> *"Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

> *[...]*
>
> *LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...]".*

O que foi deliberado no que se chamou, impropriamente, de "sessão secreta", segundo a Ata de fl. 3.173, foi, *in verbis:*

> *"[...]* ***o estudo*** *de todo o Processo válido com o objetivo de permitir* ***a confecção do Relatório Final****.*
>
> *O Sr. Presidente reuniu todos os membros do Conselho de Justificação, ainda, nos dias 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30 e 31 do mês de janeiro de 2013 e nos dias 1º e 4 do mês de fevereiro de 2013, dando prosseguimento* ***ao estudo e confecção do Relatório Final****, com sua conclusão aos 5 dias do mês de fevereiro de 2013."* (destaquei aqui).

E, para concluir, cabe esclarecer que os trabalhos de estudo e confecção do Relatório não constituíram atos decisórios.

No caso dos presentes autos, o único ato praticado, com força de decisão administrativa, foi a homologação do Conselho de Justificação pelo Exmº Senhor Comandante da Aeronáutica, constante do Despacho de fl. 3.256 (v. 15).

Ante o exposto, rejeito essa preliminar de nulidade referente à realização de atos com a presença única dos integrantes do Conselho de Justificação.

VII – DO MÉRITO:

Evidencia-se, num primeiro momento, que os fatos apurados no presente feito se revestem da maior gravidade.

Todavia, uma questão particular, quanto à natureza da decisão final a ser proferida, agora, ao final deste julgamento, merece reflexão cuidadosa.

Cabe lembrar que, nas duas oportunidades (antes da nulidade e depois, em sede de renovação) em que o Conselho de Justificação, ao concluir os trabalhos e oferecer o Relatório final e as Conclusões, as quais foram homologadas pelo Exmo. Senhor Comandante da Aeronáutica, posicionou-se no sentido de declarar o justificante incompatível com o Oficialato e, em consequência, determinar sua reforma.

Assim, a meu sentir, não pode esta Corte, agora, ao final deste julgamento, caso não considere o Oficial em questão justificado, impingir-lhe medida mais gravosa (perda do posto e patente, por exemplo) do que aquela adotada pelo Conselho de Justificação (reforma), sob pena de arvorar-se, a um só tempo, de autoridade administrativa e judicial.

Antes de adentrar à analise dos fatos constantes dos autos, permito-me tecer algumas considerações em torno das consequências socio-econômicas, que certamente advirão, em decorrência da interrupção, prematuramente, da carreira militar de um Oficial das Forças Armadas.

A sociedade, sob a representação do Estado, via de regra, investe vultosos recursos na preparação do militar de carreira, particularmente, em se tratando de Oficial. São anos de estudos, desde o ensino fundamental, até o final dos cursos de formação superior. Depois, são os cursos de especialização específicos da carreira e outros, de Altos Estudos Políticos e Estratégicos, não só voltados à atividade-fim, mas, principalmente, direcionados à formação intelectual do Oficial para a carreira de Estado.

Com efeito, quando se declara o Oficial incompatível ou indigno, o investimento despendido pela sociedade torna-se inócuo, pela interrupção da carreira, sem alcançar o objetivo pretendido, ou seja, não se colhem os frutos desejados.

Por conseguinte, somente em circunstâncias especialíssimas deve a carreira do militar ser interrompida.

Como é cediço, a carreira das Armas exige do militar muito mais do que se exige, em geral, do cidadão comum. A ética militar, segundo o Estatuto dos Militares, tem por base o conjunto de regras padronizadas, segundo as quais há a exigência de o militar pautar seu comportamento de acordo com o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

O sentimento do dever refere-se ao exercício do cargo e das funções que lhe forem atribuídas, em obediência ao estrito cumprimento das leis, dos regulamentos e das ordens recebidas.

A honra pessoal diz respeito à sua conduta, como pessoa e como cidadão do povo, o que não deixa de ser, angariando o respeito no seio da comunidade ou do grupo social, o que o torna digno de respeito e apreço de seus superiores. Como corolário, o pundonor militar está ligado, intrinsecamente, ao indivíduo em relação à sua honra pessoal.

O decoro da classe, por derradeiro, guarda relação com os valores morais e sociais que a instituição deve merecer da sociedade, em decorrência dos valores militares acima elencados.

No caso vertente, a permanência do justificante, como militar da ativa, torna-se altamente prejudicial ao estamento militar.

Analisando, cuidadosamente, os fatos constantes dos autos, observa-se, nas entrelinhas, que o justificante tenta passar a imagem de uma pessoa profundamente injustiçada. Deixou transparecer, em todas as vezes em que foi ouvido, que tudo começou com a remoção de sua esposa, que também era militar, do quadro de saúde para outra guarnição, durante gestação de alto risco. Ainda que se admita ter ocorrido injustiça por parte de superiores hierárquicos, o que não restou comprovado, não seria razão plausível para transmudar seu comportamento militar, na medida em que passou a praticar atos altamente reprováveis.

Dentre esses, destaco como o mais socialmente reprovável aquele descrito no tópico 2.2, do Libelo Acusatório, quando alegou, indevidamente, haver sofrido dano moral por parte de um colega de farda e de posto (Cap Av Jorge Monteiro Lopes Júnior). Assim é que o justificante intentou contra o mesmo, perante a Justiça Federal – Circunscrição Judiciária de Niterói/RJ –, ação judicial (Processo nº 2008.51.000508-0) buscando indenização pecuniária, o que obrigou a adoção de medidas administrativas altamente onerosas, quando o interpelado teve que se deslocar até a capital fluminense para providenciar sua defesa técnica.

Quando interpelado perante o Conselho de Justificação, respondeu o justificante, de forma lacônica (fls. 1.731 e seguintes), que: *"[...] primeiramente é porque tinha várias outras questões profissionais e pessoais e que julgava de vulto maior, dessa forma na primeira oportunidade viável buscou a Justiça dentro da legalidade;"*. Esse fato, por si só, repugna a sã camaradagem e o espírito de corpo que deve existir entre os militares.

A reforma do justificante, mesmo que *ex officio*, vai ao encontro dos seus anseios, já manifestados perante o Comando da Aeronáutica, conforme se observa do Ofício nº C-16/GC1/11506, acostado a partir de fl. 2.342 (vol. 12), onde consta que o referido Oficial requereu, em 20 de dezembro de 2010, a inclusão de seu nome na lista de quota compulsória, a ser concluída até 31 de janeiro de 2011, não tendo alcançado seu objetivo por esbarrar, conforme esclareceu (fl. 2.249) o Senhor Secretário

da Comissão de Promoções de Oficiais – CPO, *"[...] o prazo para inclusão em Quota Compulsória, ano-base 2010, conforme solicitou o requerente, expirou-se em 31 de outubro de 2010, segundo estabelece o § 1º do Art. 1º, da portaria nº 818/GM3, de 02 de dezembro de 1991"*.

É o quanto basta para o deslinde da controvérsia.

Ante o exposto e tudo mais que consta dos autos, declaro o Capitão da Aeronáutica ERIC FERREIRA BRAGA não justificado e incompatível de permanecer no serviço ativo, pelo que determino sua reforma, nos termos do disposto no art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar as questões suscitadas pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de revogação da Lei nº 5.836/72; por unanimidade de votos, em não conhecer dos pedidos realizados pela Defensoria Pública da União, de suspensão do feito e de nova oitiva do Justificante Cap Aer Eric Ferreira Braga; por maioria, preliminarmente, em deixar de considerar como causa para deflagração do Conselho de Justificação o item nº 2.5, constante do Libelo Acusatório, eis que declarada a prescrição da pretensão punitiva por Sentença judicial; por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de prescrição aventada pela Defesa; por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas pela Defesa, de nulidade do Conselho de Justificação, em razão da ilegalidade de seus fundamentos; nulidade do Conselho de Justificação, em virtude de ausência de defesa técnica; e nulidade do Conselho de Justificação por inobservância de seus dispositivos; por maioria de votos, em rejeitar a preliminar suscitada pela Defesa, de nulidade dos atos do Conselho de Justificação realizados em sessão secreta; no mérito, por maioria de votos, nos termos do voto do Ministro José Américo dos Santos (Relator), em declarar o Cap Aer Eric Ferreira Braga não justificado e incompatível de permanecer no serviço ativo, pelo que determinou sua reforma, nos termos do disposto no art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Brasília, 11 de setembro de 2014 – Ten Brig Ar José Américo dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (2) Nº 4-98.2010.7.00.0000-DF

Trata-se de Conselho de Justificação remetido a este Tribunal pelo Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica, em cumprimento ao disposto no art. 13, inciso V, alínea "a", e art. 14 da Lei nº 5.836 de 1972, figurando como justificante o Capitão ERIC FERREIRA BRAGA, julgado culpado das acusações que lhe foram imputadas, como incurso no art. 2º, inciso I, alínea "b", e inciso IV, da citada lei.

DOS PEDIDOS DE SUSPENSÃO DO FEITO E OITIVA DO JUSTIFICANTE ANTES DO JULGAMENTO EM PLENÁRIO

A Defesa suscitou a necessidade de suspensão do feito a fim de se aguardar solução, no Juízo Cível, dos Mandados de Segurança nºs 19.420, 19.935 e 19.988, em trâmite no STJ, que versam sobre a impugnação dos atos administrativos que constituiriam questão prejudicial ao feito *sub judice*.

Argumentou ser "imprescindível" a determinação de oitiva do ora justificante antes da submissão do feito a julgamento pelo Plenário desta Corte, como meio de lhe garantir o direito de ser ouvido por um órgão jurisdicional independente e imparcial, nos termos do art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos[66].

Tais questões foram objeto de Agravo Regimental interposto pela Defesa e julgado por este Tribunal Superior em 12/11/2013, cuja ementa transcrevo a seguir:

> *"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL* IN *CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INVIABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). PRAZO DECADENCIAL. ESGOTAMENTO. AUDIÊNCIA DO JUSTIFICANTE. ARTS. 15 E 16 DA LEI Nº 5.836/72. OITIVA APENAS NA FASE ADMINISTRATIVA. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.*

[66] Os requerimentos dos parágrafos 1º e 2º, embora constem do corpo da petição da DPU, foram dirigidos ao Relator do Processo no Pedido (fls. 3.395/3.396) e indeferidos pelo Min. José Américo (Decisão fls. 3.472/3.476), tendo sido objeto do Agravo Regimental.

OBEDIÊNCIA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INTIMAÇÃO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PROVIDÊNCIA CARTORÁRIA EXECUTADA REGULARMENTE.

Embora seja adequada a via recursal manejada para questionar decisão monocrática em sede de Conselho de Justificação (Agravo Regimental), as pretensões formuladas pela Defesa do justificante, Oficial da Força Aérea Brasileira, encontram obstáculos de toda ordem: a uma, porque a suspensão do andamento processual, a fim de aguardar a resolução de Mandado de Segurança impetrado perante o STJ, esbarra, em tese, na verificação da decadência (art. 23 da Lei nº 12.016/2009); a duas, porque a oitiva do justificante efetivamente já ocorreu na fase administrativa, portanto, sua audiência, no atual estágio processual, perante esta Corte Castrense, não mais encontra assento na legislação de regência (arts. 15 e 16 da Lei nº 5.836/72).

A inversão do interrogatório frente aos demais atos processuais não se aplica subsidiariamente aos feitos sob jurisdição castrense, uma vez que, conforme precedentes desta Corte, nem a alteração do art. 400 do CPP, decorrente da Lei nº 11.719/2008, nem o art. 8º, item 2, alíneas 'd' e 'g', do Pacto de São José da Costa Rica, revogaram a regra processual do art. 302 do CPPM, o que não viola o pleno exercício do direito ao contraditório e a garantia à ampla defesa.

O pleito defensivo que visa ao recebimento de intimação pessoal e nos autos não merece discussão, uma vez que o órgão cartorário desta Corte sempre se houve com lisura e eficiência no desempenho de suas atribuições.

Juízo de retratação. Irretratabilidade.

Agravo Regimental não acolhido por decisão unânime".

Como restou consignado no Acórdão em referência, os Mandados de Segurança em trâmite no STJ, embora visem anular a Portaria nº 756/CG1, de 27/8/2012, que trata da renovação do Conselho de Justificação, também pretendem a anulação da Portaria nº C-19/GC1, de 3/11/2009, de instauração deste Conselho.

Entendeu o nobre Relator ser inviável a pretendida suspensão do feito pelos motivos consignados no indeferimento da liminar do MS 19.935, pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"[...] a pretensão deduzida pelo Impetrante – no sentido de lhe assegurar o direito de recorrer da decisão proferida pelo Comandante da Aeronáutica – ***carece de previsão legal****, haja vista que a Autoridade Impetrada limitou-se a homologar o julgamento anteriormente realizado pelo Conselho de Justificação (no qual foi assegurado ao Impetrante ampla defesa e contraditório) e, por força do disposto no art. 13, V, da Lei 5.836/72, encaminhar o processo administrativo ao STM, que tem competência para julgar o mérito da controvérsia, após novamente franquear ao réu, ora Impetrante, a ampla defesa e o contraditório, nos termos dos arts. 14 e 15 do referido diploma legal.*

Ante o exposto, indefiro a liminar.".

Além disso, restou esclarecida, na decisão denegatória da liminar no MS 19.420, da lavra do mesmo Ministro, possível decadência, *litteris*:

"[...] 3. Considerando-se que o mandado de segurança foi impetrado em 7/11/12, com o objetivo de impugnar a Portaria 19/CG1, de 3/11/09, e, ainda, que ***os requerimentos administrativos do impetrante não foram capazes de reabrir o prazo decadencial previsto no art. 23 da lei 12.016/09, é de rigor o reconhecimento da decadência do direito de impetração.***

Agravo regimental não provido". (grifo nosso).

Impende consignar tratar-se de processo com regramento específico, no qual a oitiva do justificante realiza-se na fase administrativa do Conselho de Justificação, inexistindo previsão legal ou regimental para novo interrogatório quando da sua tramitação perante a Corte Castrense.

Para além, da leitura dos 16 volumes que compõem o presente processo, constam demasiadas defesas e requerimentos do Cap Av ERIC BRAGA FERREIRA, nos quais ele expõe, pormenorizada e exaustivamente, todos os episódios e entreveros que ocorreram em sua trajetória profissional. Tais eventos foram replicados na defesa escrita apresentada pela Defensoria Pública da União, que reproduziu, ao longo de 81 (oitenta e uma) laudas, todos os fatos pregressos ao processo em epígrafe que afetaram a carreira e prejudicaram a vida do oficial.

Entendo ser desnecessário, portanto, ouvi-lo neste Tribunal Superior, à vista da existência de elementos suficientes ao julgamento de mérito do Conselho, caso ultrapassadas as preliminares de nulidade e prescrição.

Pelo exposto, não conheço dos pedidos defensivos, abarcados que estão pela preclusão.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ATO DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

A Defesa suscitou a nulidade do ato de instauração do Conselho de Justificação, a Portaria nº C-10/GC1, de 3 de novembro de 2009, que invocou dois dispositivos da Lei nº 5.836/72, quais sejam: o inciso I, alínea "b" (*acusado oficialmente de ter tido conduta irregular*), e o inciso IV (*condenado por crime de natureza dolosa por tribunal militar a pena restritiva de liberdade de até 2 anos*), ambos do art. 2º. Sustentou que a invocação da condenação por crime de natureza dolosa considerada prescrita pela autoridade judiciária constituiria causa de nulidade da referida Portaria "*porque o motivo apresentando como hipótese de incidência desse dispositivo legal é inexistente*". Ou seja, não poderia ser considerada como causa válida para a instauração do Conselho crime já declarado prescrito judicialmente.

De fato, o desrespeito a superior imputado nestes autos, a despeito da condenação do justificante à pena de 3 meses de detenção, foi declarado, ainda na 1ª Instância, prescrito pela pena *in concreto*, na forma retroativa, em face da ausência de recurso do MPM.

Ora, entende-se por prescrição retroativa da pretensão punitiva aquela reconhecida com base em uma pena em concreto, quando não houver recurso da acusação ou quando não provido o apelo. É reconhecida, pois, quando operado o trânsito em julgado para o Órgão Ministerial.

Na lição de Fernando Capez, a declaração da prescrição da pretensão punitiva (ainda que na forma retroativa): impede o início ou interrompe a persecução penal em juízo; afasta todos os efeitos, principais e secundários, **penais** e **extrapenais** da condenação; e impede que a condenação conste da folha de antecedentes, exceto quando requisitada por juiz criminal[67].

Afirma o autor: "*o reconhecimento da prescrição impede o exame do mérito, uma vez que seus efeitos são tão amplos quanto os de uma sentença absolutória*"[68].

---

[67] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. v. 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 585.

[68] *Idem*, pp. 585/586.

De acordo com ZAFFARONI e PIERANGELI[69]:

> *"A decisão que considerar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive a intercorrente e a retroativa, não admite posterior discussão sobre o mérito, em qualquer instância, pelos efeitos amplos que produz, extinguindo toda e qualquer consequência jurídica desfavorável ao acusado, que assume a condição de inocente para todos os efeitos legais".*

Nesse sentido, jurisprudência sedimentada deste Egrégio Tribunal:

> *"APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ABSOLVIÇÃO. ABANDONO DE POSTO. ART. 195 DO CPM. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA CALCULADA PELA PENA EM ABSTRATO. EFEITOS. UNANIMIDADE. Entre os marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato,* ***verificou-se o decurso do lapso temporal necessário para o reconhecimento da causa de extinção da punibilidade****, devendo essa, por conseguinte, ser declarada de ofício nos termos do artigo 123, inciso IV, c/c o artigo 125, inciso VI, ambos do CPM. Tal decisão,* ***conforme reiterada doutrina e jurisprudência, equivale à verdadeira proclamação de inocência do acusado, decorrente do que restam apagados os efeitos penais e extrapenais, como se o crime jamais tivesse sido praticado****".* (Apelação nº 42-46.2007.7.12.0012, Min. Rel. Cleonilson Nicácio Silva, DJe 25/9/2012) (grifos nossos).

Tal como colocado, considerar pena prescrita para imputação em Conselho de Justificação, com espeque no inciso IV da Lei nº 5.836/72, contraria o entendimento esposado por esta Corte e pelo STF, sabido que o advento da prescrição veda a perpetuação de qualquer efeito oriundo da condenação.

Note-se que, embora haja independência entre as instâncias civil, administrativa e penal, no caso em epígrafe, a imputação analisada no

---

[69] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 657-658.

item 2.5[70] foi enquadrada no inciso IV da Lei nº 5.836/72, ou seja, "*condenado por crime de natureza dolosa, (...), em tribunal civil ou militar, a pena restritiva de liberdade individual até dois anos, tão logo transite em julgado a sentença*".

A conduta somente poderia ser causa válida para a deflagração de libelo acusatório se enquadrada no inciso I, alínea "b", da Lei nº 5.836/72 (ter tido conduta irregular), o que não ocorreu *in casu*. Além disso, a descrição do libelo considera o cometimento do crime, e não suposta infração administrativa. Não há, sequer, a descrição, na peça inicial, da ação que teria dado causa ao suposto delito.

Nesses termos, no que tange à invocação do inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72, deixo de considerar como causa válida para a deflagração do Libelo Acusatório o crime de desrespeito a superior (item 2.5), uma vez que declarada a prescrição da pretensão punitiva por Sentença judicial. Contudo, rejeito a nulidade do ato de instauração do Conselho em razão das demais condutas irregulares nele elencadas.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL

Votei vencida para declarar a prescrição das imputações contidas na peça vestibular, consoante destacou a Defesa, considerando a data de ocorrência dos fatos.

O Libelo Acusatório de fls. 623/626 imputa ao Justificante comportamento não condizente com a condição de oficial da Força Aérea Brasileira, por ter tido conduta irregular nos meses de julho de 2005, fevereiro/março de 2006 e novembro de 2007, bem como ter praticado fato considerado crime de desrespeito a superior em fevereiro de 2006[71].

---

[70] *2.5- Por ter sido condenado à pena de 3 meses de detenção, incurso no art. 160 do Código Penal Militar, com benefício do* sursis *pelo prazo de 2 anos, por Sentença datada de 5 de dezembro de 2008, transitada em julgado em 17 de dezembro de 2008, tendo sido declarada, nessa mesma data, extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição punitiva* ex vi *do art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, § 1º, inciso VI, tudo do Código Penal Militar.*

[71] Segundo Libelo Acusatório, o fato imputado no item 2.1 ocorreu em fevereiro de 2006 e o fato referente ao item 2.2 ocorreu em novembro de 2007. Não constam as datas dos fatos descritos nos itens 2.3 e 2.4 no Libelo Acusatório, mas, conforme as narrações dos autos, ocorreram em julho de 2005 e março de 2006, respectivamente. Os fatos referentes ao item 2.5 já se encontravam

A Lei nº 5.836/72, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, no art. 17[72], adota, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Penal Militar, e, ao versar sobre a prescrição, estabelece:

> *"Art. 18. Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.*
>
> *Parágrafo único. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos".*

A *legis* não prevê causas de suspensão ou interrupção dos prazos prescricionais, entendendo esta Corte pela sua fruição desde a ocorrência dos fatos.

A respeito, precedentes desta Casa de Justiça:

> *"CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO - SOBRESTAMENTO - PRESCRIÇÃO. Oficial do Exército submetido a Conselho de Justificação visando apurar fatos ocorridos entre o final de 1999 até abril de 2000, constituindo violação dos preceitos da ética e dos deveres militares. Sobrestado o curso do Conselho de Justificação por estar o Justificante respondendo a ação penal perante a Justiça Criminal Estadual. Certificado, em 1º de outubro de 2006, o cumprimento integral das condições impostas pelo sursis processual, com fulcro na Lei nº 9.099/95.* ***Configurado estarem os fatos apontados alcançados pelo instituto da prescrição, devido ao transcurso de tempo superior a seis anos, conforme artigo 18, da Lei nº 5.838/72. Declarada, preliminarmente, de ofício, a prescrição dos fatos que originaram o Conselho de Justificação, determinando-se o arquivamento dos autos.*** *Decisão unânime".* (Conselho de Justificação nº 2001.01.000188-4/DF, Rel Min. Marcus Herndl, Decisão de 1/3/2007, publicada em 16/4/2007). (grifo nosso).

Embora em alguns julgados recentes tenha esta Casa se inclinado a entender que o prazo indicado na lei é para a instauração do Conselho de Justificação (CJ nº 193-42.2011.7.00.0000, Min. Relator Cleonilson Nicácio Silva, DJe 4/11/2013 e CJ nº 3-84.2008.7.00.0000, Min. Relator

---

prescritos antes mesmo da propositura da acusação e assim foram declarados por sentença judicial transitada em julgado.

[72] *Art. 17. Aplicam-se a esta lei, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar.*

Marcos Martins Torres (vencido), Rel. p/ o Acórdão Cleonilson Nicácio Silva, DJe 6/5/2013), acredito não ser essa a melhor exegese para o dispositivo legal *sub analise*.

Inicialmente, cumpre registrar que, em qualquer dos ramos do direito, a prescrição se fundamenta no princípio geral da segurança jurídica e, como tal, é a regra, sendo excepcional a imprescritibilidade, somente admissível nas hipóteses previstas constitucionalmente.

Nesse diapasão as lições de Pontes de Miranda e Caio Mário da Silva Pereira:

> *"A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional*[73]*"*.
>
> *"A prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade a exceção"*[74].

Na mesma linha, destaco o magistério de J. Cretella Júnior:

> *"(...) é insustentável a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa, defendida por ilustres cultores do direito administrativo, porque o fundamento da prescrição tem de ser buscado na categoria jurídica, sendo o mesmo para o direito penal e para o direito disciplinar, havendo diferenças, é claro, apenas naquilo que o direito positivo de cada país preceituou para uma e outra figura"*[75].

Assim, não havendo norma específica dispondo a respeito do prazo prescricional, cabe ao intérprete perquirir no sistema normativo, por intermédio da interpretação extensiva ou da analogia, o período de tempo cabível.

Na espécie, o art. 18 da Lei nº 5.836/72 é expresso ao impor 6 (seis) anos para o lapso prescricional. À evidência, não poderia referir-se à instauração do Conselho, mas à pena que dele advém, em face da racionalidade lógica da categoria jurídica acima referenciada, que atinge a sanção, e não o procedimento.

---

[73] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado,* vol. 6, p. 127.
[74] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil,* vol. 1, p. 477.
[75] CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988,* vol. 4, 1991, p. 2.262.

Hely Lopes Meirelles, que inicialmente defendia ser a prescrição matéria de direito estrito, não admitindo analogia, reviu seu posicionamento para reconhecer a possibilidade de integração da norma. Leia-se:

> *"Temos defendido a tese de que a prescrição administrativa, tratando-se de matéria de direito estrito, só ocorre quando a lei a estabeleça. Essa conclusão foi por nós adotada em relação às penas disciplinares, não especificamente em face das sanções derivadas do exercício do poder de polícia. Mas mesmo em matéria de sanções disciplinares, onde o indivíduo está muito mais intensamente jungido ao poder do Estado, chegamos a admitir sua prescritibilidade, por analogia com o direito penal. (cf. Direito Administrativo Brasileiro, pp. 413-414).*
>
> *Ora, se até no direito disciplinar, em que sempre se exigiu lei expressa para fixar os prazos prescricionais, admite-se hoje a prescritibilidade, com muito mais razão essa prescritibilidade deve ser afirmada em relação às sanções fundadas no exercício do poder de polícia, pelos motivos já examinados. Na ausência de lei especial que fixe o prazo prescricional das sanções administrativas aplicáveis é de se recorrer, por analogia, à norma mais próxima dessas sanções"*[76].

Nesse sentido, observo que a norma mais contígua da punição sancionatória no âmbito do Conselho de Justificação é a administrativa, e não a civil, como querem fazer crer alguns intérpretes. A utilização do Código de Processo Civil para fins de integração da norma em apreço configura, desse modo, analogia *in malam partem*, ainda mais quando a *ratio* não é sequer silente, como no presente caso.

Há de se destacar, ainda, que os tempos atuais assinalam uma superposição do direito público sobre o privado, uma inversão necessária da antiga sistemática jurídica em virtude da constitucionalização das relações privadas. Tal fato se deve não apenas ao caráter abrangente e analítico do texto máximo, mas, sobretudo, à ascensão científica e política da Lex Magna após o processo de redemocratização.

Assim sendo, não há como admitir a aplicação analógica do direito privado, em detrimento do direito administrativo, uma vez que este

---

[76] MEIRELLES, Hely Lopes. *Prescrição da pena administrativa*. *In* Estudos e Pareceres de Direito Público, vol. IX, 1986, p. 380/381.

último apresenta institutos e instrumentos próprios, bem como princípios e regras peculiares.

Cito, mais uma vez, a lição indispensável de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*:

> *"A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito; a intepretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova"*[77].

Desarrazoada, por conseguinte, a admissão das normas de direito civil a fim de suprir eventual omissão na lei do Conselho de Justificação.

Consoante Ronaldo João Roth, no tocante às infrações administrativas, a fixação do *dies a quo* inicia-se a partir da falta ou da sua consumação, aplicando-se a teoria do resultado e não se estabelecendo causas de interrupção ou suspensão da prescrição[78].

No mesmo sentido, salienta Jorge Luiz Nogueira de Abreu:

> *"a Lei 5.836/1972 não contempla hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição para infrações administrativas puras. Logo, uma vez praticado ato que enseje a instauração do Conselho, o lapso prescricional fluirá sem pausas. Findo o prazo legal, incidirá a prescrição"*[79].

Nesse diapasão, o voto vencido do Ministro José Coêlho Ferreira, no Conselho de Justificação nº 193-42.2011.7.00.0000, julgado em 8/10/2013:

> *"Nessa linha de raciocínio, percebe-se que* ***a referida norma não prevê causas de suspensão ou interrupção dos prazos prescricionais e <u>não poderia o Tribunal criar causas</u>***

---

[77] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro,* 1996, p. 40.

[78] ROTH, Ronaldo João. *A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação*. Revista Direito Militar. Florianópolis, n. 42, p. 13-18, *apud* ASSIS, Jorge Cézar. *Curso de Direito Disciplinar Militar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 253/254.

[79] ABREU, Jorge Luiz Nogueira de**.** *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 368.

de interrupção ou suspensão dessa natureza, uma vez que, em se tratando de direito material de caráter punitivo, a interpretação extensiva* in malam partem *é vedada, em face do Princípio da Reserva Legal.

Portanto, ***não há possibilidade jurídica de ser considerada a data da Portaria de Instauração ou qualquer outro ato como causa interruptiva da contagem do prazo prescricional****, porque estaríamos utilizando de forma análoga regras do Código Penal Militar em processo regido por Legislação Administrativa própria, sendo certo que* ***não se admite analogia em prejuízo do jurisdicionado, quando se busca interpretar determinada legislação que já tem o seu âmbito de incidência relativamente restrito****"* (grifos nossos).

Observa-se que, no julgamento do Conselho de Justificação nº 3-84.2008.7.00.0000, o Min. Relator Marcos Martins Torres declarava, nos moldes aqui defendidos, a prescrição do processo administrativo, sendo acompanhado, na ocasião, pelos Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira e Fernando Sérgio Galvão. Nessa seara, verifica-se que grande parte dos julgadores deste Tribunal Superior filiam-se à declaração da prescrição, sem interrupção ou suspensão, pela simples instauração do processo.

Na Lição de J. Cretella Júnior,

> *"quer no âmbito do Direito Penal, quer no campo do Direito Disciplinar, o tempo volta-se contra o detentor do ius puniendi, que perde o direito de agir e conta a favor do funcionário, que se beneficia com o desaparecimento da ameaça potencial vis inquietativa constante que o afligia"*[80].

Sabido ser o direito administrativo punitivo somente mais uma manifestação do *jus puniendi* estatal, sua diferenciação com o direito penal se faz apenas em termos de grau ou por opção legislativa. Nas precisas palavras de Nelson Hungria:

> *"(...) não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade,*

---

[80] CRETELLA JÚNIOR, J. *Prescrição da Falta Administrativa*. *In* Revista dos Tribunais: Volume 544.

> *afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade e de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra".*

Nesse sentido inclina-se, outrossim, a Corte Superior de Justiça:

> *"A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal"* (Resp 19.560-0, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros).

Revelando o direito administrativo, em sua dimensão sancionatória, os mesmos princípios gerais do direito penal, acorde já se manifestou a Suprema Corte, convém destacar o postulado da retroação mais benéfica, afastando a aplicação analógica do Código Civil à espécie, como afirmado alhures.

Ora, o direito administrativo adotou como regra, desde as primeiras regulamentações sobre a matéria, o prazo prescricional de 5 anos, tanto em favor da Administração, como contra ela. Cito, como exemplo, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), a Lei nº 8.884/94 (Lei do CADE), o Decreto nº 20.910/32 (prazo prescricional contra a Fazenda Pública), a Lei nº 8.112/90 (ação disciplinar contra funcionário público cujas sanções prescrevem em, no máximo, em 5 anos), a Lei nº 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), a Lei nº 6.838/80 (infrações disciplinares de profissionais liberais) e a Lei nº 8.904/94 (Estatuto da OAB). O referido prazo diz respeito às sanções aplicadas nas referidas normas, e não ao processo, ao contrário do que se possa pensar.

A jurisprudência caminhou pelas mesmas searas, uma vez que os tribunais vêm aplicando o prazo quinquenal contra a Administração por necessária imposição do princípio da isonomia, já que o Poder Público (com o Decreto nº 20.910/32) se ampara deste mesmo lapso.

Nessa linha, entendendo que as sanções aplicadas no âmbito do Conselho de Justificação em 1ª instância detêm natureza administrativa, os fatos imputados ao justificante na peça acusatória já quedariam prescritos, se a lei fosse silente.

Porém, não havendo lacuna quanto ao prazo prescricional na Lei nº 5.836/72, e sendo omissa a norma somente quanto a uma possível interrupção da prescrição, qualquer criação nesse sentido revelaria evi-

dente afronta às garantias constitucionais, em especial ao princípio da retroação mais benéfica (art. 5º, XL, CF/88).

Acerca da impossibilidade de imposição de analogia *in malam partem* no direito administrativo sancionador, cito precedente do Superior Tribunal de Justiça, perfeitamente aplicável à espécie:

> *"EMENTA: ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. CARGO OCUPADO SEM REMUNERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA. SALÁRIO MÍNIMO. CABIMENTO.* ***DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANALOGIA* IN MALAM PARTEM. *IMPOSSIBILIDADE***.
>
> *1. Verifica-se que o acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação por esta Corte. Frise-se que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a matéria posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC). Dessarte, merece ser repelida a tese de violação do art. 535 do CPC.*
>
> *2. No mérito, tem-se que o recorrido foi condenado, em sentença, pelo cometimento de ato ímprobo, tendo-lhe sido imputada, dentre outras coisas, a pena de multa com base na última remuneração percebida. Após acolhimento dos embargos de declaração opostos, alterou-se o valor da multa. Já em grau de apelação, o recorrido esclareceu que permanecia equivocada a sentença, pois o cargo que ocupava é honorífico, ou seja, sem percepção de remuneração. O Tribunal de origem reformou a sentença para estabelecer como base de cálculo da pena de multa, o salário mínimo. É sobre a fixação desta base de cálculo – o salário mínimo – que o Ministério Público Federal, ora recorrente, insurge-se.*
>
> *3. No entanto, não há como prosperar as razões expendidas pelo recorrente. De fato, a pena de multa prevista no art. 12, inc. III, da Lei de improbidade não se baseia no salário mínimo. Conforme pode-se depreender de simples leitura, a apuração da multa é feita com base na última remuneração percebida pelo agente ímprobo.*

> *4. Ocorre que o recorrido já esclareceu, e isto é incontroverso nos autos, que ocupava cargo não remunerado. A pretensão do recorrente é de estabelecer como base da pena de multa o vencimento básico mais elevado dos cargos de nível superior da estrutura remuneratória da Anvisa.*
>
> *5.* ***Como se trata de aplicação de penalidades, é se utilizar de um princípio geral de direito, que cuida da vedação da analogia em desfavor do sancionado. No Direito Penal, ramo em que esta norma foi melhor trabalhada, distinguem-se dois subtipos de analogia: a analogia*** **in malan partem e** ***a analogia*** **in bonan partem.** ***A primeira agrava a pena em pressupostas hipóteses não abrangidas pela lei. Já a segunda utiliza-se de situações semelhantes para solucionar o caso sem agravar a pena****.*
>
> *6.* ***Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada*** **in malam partem,** ***porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador****.*
>
> *7. O acórdão, de forma coerente com os princípios regentes do direito, estabeleceu como base da pena de multa a menor remuneração do país, o que se coaduna com a função honorífica realizada pelo recorrido. Neste raciocínio, não há como prosperar a alegação do recorrente segundo a qual deve ser aplicada multa com base no vencimento mais elevado dos cargos de nível superior da estrutura remuneratória de autarquia, pois estar-se-ia operando analogia desabonadora.*
>
> *8. Recurso especial não provido".*
>
> (REsp 1216190/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/12/2010, DJe 14/12/2010). (Grifo nosso).

Por outro lado, se o fato ensejador do Conselho de Justificação for tipificado como crime, a prescrição ocorrerá nos prazos da lei penal, *ex vi* do parágrafo único do art. 18 da Lei nº 5.836/72, aí, sim, aplicando-se as causas suspensivas e interruptivas previstas no Código Penal Militar.

Ocorrido prazo superior a 6 (seis) anos entre os fatos descritos no Libelo Acusatório e o presente julgamento, há de se declarar a prescrição do presente processo, *ex vi* do art. 18 da Lei nº 5.836/72, c/c o art. 37, § 5º, da CF.

Ex positis, votei vencida, pelo acolhimento da preliminar levantada pela Defesa, para a declaração da prescrição das condutas descritas no Libelo Acusatório, constantes dos itens 2.1 a 2.4, com a consequente extinção da punibilidade do Cap Av ERIC BRAGA FERREIRA, com fulcro na norma retromencionada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO EM RAZÃO DA ILEGALIDADE DE SEU FUNDAMENTO

A Defesa postula a ilegalidade da invocação do inciso I, alínea "b", do art. 2º da Lei nº 5.836/72[81] como fundamento para a instauração do Conselho de Justificação, haja vista o Processo Administrativo nº 67221.008044/2007-DV (fls. 10 a 111 – Vol. 1), utilizado para imputar a prática de conduta irregular ao justificante, ter sido levado a efeito mediante a violação de vários princípios e garantias constitucionais e legais, em especial a razoável duração do processo.

Explicou que o processo administrativo somente foi autuado em 7/7/2009, ao passo que a Parte que lhe deu origem é datada de 11/12/2007. Assinalou que os documentos foram reunidos e tiveram trâmite ao longo dos anos de 2007, 2008 e 2009, vislumbrando-se a formação de um dossiê, que somente foi formalizado quando se entendeu possível a instauração de um Conselho de Justificação, com a consequente ruína da carreira do militar.

Salientou que o Cap Av ERIC FERREIRA BRAGA foi privado do direito de exercer suas funções de Oficial da Aeronáutica, em razão de decisão proferida no bojo do Processo Administrativo 67221.008044/2007-DV, sem que fossem respeitados os direitos fundamentais ao devido processo legal, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.784/1999.

De todo o alegado, observa-se que o Processo nº 67221.008044/2007-DV, tão somente, deu origem ao Conselho de Justificação, iniciando o presente procedimento. As medidas realizadas antes da instauração do Conselho de Justificação visavam anexar documentos para instruí-lo e reunir processos ou punições administrativas que haviam tramitado perante a Força Aérea, inexistindo razão para intimar o Oficial antes do início da instauração do processo.

---

[81] Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou 'ex officio' o oficial das forças armadas: I – acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: [...] b) tido conduta irregular;

Não é bastante frisar que, ao receber as punições citadas no Libelo Acusatório ou serem abertas sindicâncias e TCOs, o justificante foi regularmente cientificado e teve oportunidade de apresentar defesa em cada ato, à época das eventuais infrações cometidas.

Ademais, o Cap ERIC FERREIRA BRAGA foi intimado para comparecer à Sessão de início dos trabalhos do presente Conselho de Justificação, tendo solicitado o seu adiamento. Na Sessão do dia 19 de novembro de 2009, recebeu cópia do Libelo Acusatório e teve oportunidade de oferecer Razões de Defesa, consoante preceitua o art. 9º da Lei nº 5.836/72.

O fato de o Oficial ter sido privado de exercer, ocasionalmente, suas funções iniciais (de Capitão Aviador)[82] ou de ser promovido em sua carreira devido à instauração do Conselho revela medida de precaução administrativa, na hipótese de vir a ser afastado definitivamente do cargo.

Descaracterizados, a meu ver, perseguição ou descumprimento de garantias constitucionais, porquanto tal preterição será devidamente rechaçada caso o militar seja julgado justificado[83]. Até porque, quando dita preterição é reconhecida como injusta, há posterior ressarcimento do prejuízo, com todos os direitos garantidos desde a data da promoção.

Ademais, não há falar em violação à razoável duração do processo. Embora os fatos constantes do Libelo tenham ocorrido nos anos de 2005 a 2007, o processo administrativo especial iniciou-se em 2009 em razão do término do processo criminal (no qual se apurou o crime de desrespeito a superior).

A alegação de uma possível formação de dossiê contra o justificante, a partir do ano de 2007, se mostra inverossímil. Ela não passa de ilação da Defesa, sem comprovação nos autos. Mas, ainda assim, eventuais nulidades verificadas antes da formação do processo administrativo

---

[82] Art. 3º O oficial da ativa das Forças Armadas, ao ser submetido a Conselho de Justificação, é afastado do exercício de suas funções:
I - automaticamente, nos casos dos itens IV e V, do artigo 2º; e
II - a critério do respectivo Ministro, no caso do item I, do artigo 2º.

[83] Lei nº 5.821/72, art. 18. O oficial será ressarcido da preterição desde que seja reconhecido o seu direito à promoção, quando: d) for justificado em Conselho de Justificação; (...).

especial não teriam o condão de contaminar os atos processuais subsequentes.

Nesse sentido, entendo inexistir nulidade a ser sanada neste tópico.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA

A Defesa sustenta a nulidade do processo por cerceamento de defesa, devido à ausência de nomeação de defensor público para realizá-la, em contrariedade ao contido no art. 9º, *caput*, da Lei 5.836/72, segundo o qual "*ao Justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito*".

Entendo desassistir pertinência a tal arguição, pois foi oportunizado ao oficial constituir advogado ou buscar auxílio dos órgãos responsáveis, tendo o Conselho de Justificação entendido "***não ser responsável pela constituição de defesa técnica por parte do Justificante****, não obstante tenha sido dado prazo legal para que o mesmo pudesse buscar apoio de defensor público junto aos órgãos competentes, ou mesmo instituísse outro representante legal*" (fls. 2.669/2.670) (grifos nossos).

Mais, consoante a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, "*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*", podendo tal entendimento ser aplicado à hipótese *sub examine* por estar-se diante de processo administrativo na primeira esfera de apreciação, tendo a alegada nulidade supostamente ocorrido nessa fase.

Posto isso, rejeito a preliminar suscitada.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS

A Defesa suscita nulidade processual por ofensa ao art. 51 da Lei nº 6.880/80 e ao art. 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/90, na medida em que o militar não pôde interpor recurso ou pedido de reconsideração da decisão do Conselho de Justificação.

Carece de amparo o pleito.

O Conselho de Justificação destina-se a julgar, por meio de processo especial, a incapacidade do oficial de carreira para permanecer na ativa, fornecendo-lhe, em paralelo, condições para se justificar.

Inicia-se administrativamente, sendo os autos, *a posteriori*, encaminhados ao Superior Tribunal Militar, a teor do disposto no art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72[84]. Trata-se de um procedimento híbrido, judicialiforme, concluído no órgão Judiciário Militar Superior.

Na lei, não se vislumbra previsão para recurso administrativo da Decisão do Conselho de Justificação, facultado, tão somente, manifestação da defesa, no prazo de 5 dias, após a distribuição do processo no STM, o que efetivamente ocorreu (fls. 3.318/3.398).

Segundo Jorge Luiz Nogueira de Abreu[85], entende-se cabível o pedido de reconsideração nos casos descritos nos itens II, III e V, não obstante a omissão da Lei nº 5.836/72, porque nestes casos não há a remessa dos autos ao STM.

Nos demais, quando há envio do processo a este Juízo, desnecessário pedido de reconsideração ao Comandante da Força, porquanto haverá novo julgamento perante o Poder Judiciário, em única instância. Aqui, visa-se assegurar ao justificante apreciação imparcial e equânime, buscando-se resguardar todas as garantias consagradas pela *Lex Magna*. Longe de apenas homologar a decisão do Conselho de Justificação na seara administrativa, o STM revê, judicialmente, a decisão primeva administrativa.

Posto isso, rejeito a preliminar de nulidade.

PREJUDICIAIS DE MÉRITO

Votei vencida ao tratar das arguições a seguir delineadas como prejudiciais de mérito, e não preliminares. Isso porque a Defesa suscitou a incompatibilidade, entenda-se, a revogação, do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei nº 5.836/72[86], pela Constituição da República, que

---

[84] Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, aceitando ou não seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina: (...) V - a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar: a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está prevista nos itens I, III e V do artigo 2º; ou b) se, pelo crime cometido previsto no item IV do artigo 2º o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

[85] ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 365.

[86] Art. 9º, § 1º: *"o Justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à* ***sessão secreta de deliberação*** *do relatório"*.

obstaculizam a presença do justificante e de seu defensor na sessão de deliberação do Conselho de Justificação. Por outro lado, a PGJM suscitou a revogação da citada Lei nº 5.836/72 frente à atual Carta Política, em especial a forma como se inicia o processo em apreço. Tais questões, embora tenham sido levantadas como preliminares, devem ser analisadas como prejudiciais de mérito, sob o prisma da recepção das normas infraconstitucionais, e não da inconstitucionalidade das leis. Isso porque, no conflito de leis no tempo, a norma impugnada é anterior à *Lex Magna*, de forma que seu dispositivo somente se encontrará recepcionado ou revogado pela Carta de 1988.

Certo é que o Poder Constituinte Originário iniciou nova ordem jurídica totalmente desvinculada da anterior, dando azo a uma evolução legislativa ao receber as normas materialmente compatíveis com a Constituição promulgada e revogar aquelas outras desafiadoras do conteúdo da nova Lei Suprema.

A tese da inconstitucionalidade superveniente não é acolhida pela doutrina, tampouco pelo Excelso Pretório. Cito a teoria idealizada por Hans Kelsen, pela qual eventual declaração de inconstitucionalidade obrigatoriamente pressupõe a existência de uma relação de contemporaneidade entre a regra atacada e a Constituição em vigor.

Nesse sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco[87], *verbis*:

> *"Se a norma anterior à Constituição não guarda compatibilidade de conteúdo com esta, não continuará a vigorar, havendo, aqui, quem considere ocorrer caso de revogação e quem veja na hipótese uma inconstitucionalidade superveniente.*
>
> *Situar o problema numa ou noutra dessas vertentes rende consequências práticas diversas, a mais notável delas sendo a de que apenas se entendido que o caso é de inconstitucionalidade superveniente haveria a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal apreciar a validez da norma em ação direta de inconstitucionalidade. Se a hipótese for vista como de revogação, por outro lado, os tribunais não precisariam de quorum especial para afastar a incidência da regra no caso concreto. Se o que há é re-*

Art. 12: "*Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a* ***deliberar, em sessão secreta****, sobre o relatório a ser redigido*".

[87] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

vogação, o problema se resumirá a um juízo sobre a persistência da norma no tempo.

A matéria provocou aceso debate no Supremo Tribunal Federal, terminando vitoriosa a tese da revogação, tradicional no Direito brasileiro.

O relator do* leading case *após 1988 (ADI 02-DF, DJ de 21-11-1997), Ministro Paulo Brossard, invocou a doutrina tradicional, segundo a qual se a inconstitucionalidade da lei importa a sua nulidade absoluta, importa a sua invalidez desde sempre. Mas, raciocinou, se a lei foi corretamente editada quando da Constituição anterior, ela não pode ser considerada nula, desde sempre, tão só porque a nova Constituição é com ela incompatível. A lei apenas deixa de operar com o advento da nova Carta. O fenômeno só poderia ser tido, por isso, como hipótese de revogação". (grifo nosso).

Para a declaração de inconstitucionalidade, portanto, mister o diploma legislativo ter sido editado em momento ulterior ao da *norma normarum*.

A propósito, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPUGNAÇÃO DE ATO ESTATAL EDITADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA CF/88 - INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - INOCORRÊNCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade 'in abstracto' – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) – foi reafirmado por esta corte, em recentes pronunciamentos, na

perspectiva da Carta Federal de 1988. - A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade". (ADI n° 74, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 7/2/1992).

Outrossim, julgados desta Corte Superior, devidamente alinhados à teoria da recepção:

"EMENTA: IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS *PREVENTIVO. REQUERIMENTO DE LIMINAR PARA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL MILITAR E, NO MÉRITO, PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO E RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO E, ALTERNATIVAMENTE, O ESTABELECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR PARTE DO JUÍZO PROCESSANTE. (...) IV -* ***É incabível a discussão sobre a situação de inconstitucionalidade acerca das disposições contidas no art. 9º, inciso III, alíneas 'a', 'b', 'c', e 'd', do CPM, e o art. 82, inciso I, § 1º, do CPPM, uma vez que essas ingressaram no nosso ordenamento jurídico antes da promulgação da nossa Carta Política, cabendo apenas elaborar análise acerca da revogação ou não recepção de tais dispositivos legais, segundo precedente do Supremo Tribunal Federal*** *(ADI 74, de relatoria do eminente Ministro CELSO DE MELLO).* ***Ademais, as referidas normas infraconstitucionais permanecem dotadas de eficácia e foram harmonicamente recepcionadas pelos arts. 5º, incisos LIII, LIV e LV, e 122 e seguintes, todos da Constituição Federal.*** *Ordem de* habeas corpus *denegada. Decisão unânime"*. (HC n° 103-34.2011.7.00.0000, Relator Ministro José Coêlho Ferreira, DJe de 6/9/2011) (grifo nosso).

"EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. DESRESPEITO A SUPERIOR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 160 DO CPM. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. PRE-

> *LIMINAR DE OFÍCIO DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. I-* ***A inconstitucionalidade formal superveniente não é aceita pelo STF, que entende tratar tão-somente de uma questão de direito intertemporal, em que a norma pré-constitucional não é recepcionada pela nova Constituição. Ao elaborar uma lei, o legislador se pauta pelos ditames formais estabelecidos pela Constituição de sua época e não por uma Constituição passada ou futura. Apesar de ter sido instituído por um decreto-lei, o Código Penal Militar foi recepcionado pela Constituição Federal vigente****. Inexistindo arguição de inconstitucionalidade material, não há que se acatar a preliminar. Rejeição. Decisão unânime. (...)".* (AP n° 28-89.2006.7.09.0009, Relator Ministro Marcos Martins Torres, DJe de 5/9/2011). (grifos nossos).

Daí, entendi que as matérias suscitadas não deveriam ser examinadas em sede preliminar, e sim como prejudicial de mérito.

REVOGAÇÃO DA LEI Nº 5.836/72
(suscitada pela PGJM)

Como salientado alhures, a PGJM suscitou a revogação da Lei nº 5.836/72 frente à atual Carta Política, concernente à forma como se inicia o processo, por entender que a remessa dos autos ao STM deveria ocorrer por meio de ação ordinária com pedido de declaração de incompatibilidade ou de indignidade, feito pela Advocacia-Geral da União, observando-se os requisitos do art. 282 do CPC.

Pois bem, o Conselho de Justificação tem **natureza jurídica de processo especial**, o qual se destina a julgar a incapacidade do oficial de carreira para permanecer na ativa, permitindo-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Inicia-se **administrativamente** no âmbito de cada Força Armada. *A posteriori*, os autos são encaminhados a esta Corte Superior, a quem compete a declaração de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, *ex vi* da previsão constante no art. 13, inciso V, da norma em apreço[88]. Tal proceder tem o condão de torná-lo um procedimento judicialiforme, por força constitucional.

---

[88] Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, aceitando ou não seu julgamento e,

É que as previsões dos incisos VI e VII do § 3° do art. 142 da *Lex* Fundamental não se confundem. Para a devida distinção, imprescindível a transcrição da norma, *verbis*:

> *"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;*
>
> *VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;".*

O inciso VII consubstancia garantia magna destinada aos oficiais das Forças Armadas de apenas serem julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato, por decisão de tribunal militar, quando sua conduta, necessariamente típica, comissiva ou omissiva, tiver sido definitivamente censurada pelo Direito Penal. E, como a perda do posto e da patente não pode ser declarada na própria sentença penal condenatória, em razão da previsão supra, torna-se imprescindível a formulação de representação pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, nos moldes do art. 112 e seguintes do RISTM.

Dita representação, com efeito, tem natureza jurídica processual, até mesmo por se constituir em um efeito extrapenal *sui generis* específico da sentença condenatória.

De seu turno, o inciso VI traduz-se na garantia destinada aos oficiais das Forças Armadas de serem julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato, por decisão de tribunal militar, quando sua conduta, comissiva ou omissiva, se encaixar nas hipóteses legais do art. 2° da Lei nº 5.836/72.

E mesmo a submissão devido à censura definitiva pelo Direito Penal (art. 2°, inciso IV, da Lei 5.836/72) decorre da condenação a pena privativa de liberdade inferior ou de até dois anos, e não superior a dois anos. É que a pena privativa de liberdade inferior ou de até dois anos, por

---

neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina: (...) V - a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar: a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está previsto nos itens I, III e V do artigo 2º; ou b) se, pelo crime cometido prevista nos itens IV do artigo 2º o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

si só, não tem o condão de produzir, no *decisum* condenatório, o efeito extrapenal específico da perda da patente.

Nesse sentido, anteriormente à vigência da Carta da República atual, o Código Penal Militar asseverava, em seu art. 99, que a perda do posto e da patente poderia ser declarada na própria decisão criminal, desde que a pena privativa de liberdade fosse superior a dois anos. Ao revés, obviamente, a condenação a sanção privativa de liberdade inferior ou de até dois anos não poderia levar à perda do posto e da patente.

Assim, a submissão do oficial ao Conselho de Justificação, em última análise, decorre do poder disciplinar da Administração Pública Castrense de julgá-lo culpado, de forma que o processo, no âmbito desta Corte, visa assegurar ao justificante, além de uma espécie de foro por prerrogativa de função, um novo julgamento imparcial, resguardando-lhe todas as garantias consagradas pela *Lex Magna* e pelo Diploma Processual Especial, ganhando contornos de procedimento híbrido.

Nesse cenário, impossível a interpretação do Conselho de Justificação como uma ação ordinária a ser intentada pela Advocacia-Geral da União. O legitimado a impulsionar o processo, encaminhando-o a esta Casa de Justiça, é o próprio Comandante de cada Força Armada, demostrando, desse modo, o interesse da Administração Militar em ver declarada a incapacidade ou indignidade com o Oficialato.

Ademais, a Lei nº 5.836/72 é norma específica da esfera militar, que regula o procedimento especial destinado a julgar a incapacidade do oficial das Forças Armadas para permanecer na ativa, permitindo-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Não prevê, contudo, a atuação do representante da AGU, seja para a defesa do Oficial, seja para o resguardo dos interesses da União.

Tanto é que, instada a manifestar-se acerca da defesa do justificante, a AGU informou inexistir enquadramento legal para a representação do militar por aquele órgão.

Tal como colocado, o art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72 encontra-se recepcionado pela *novel* Carta Republicana.

ATOS DO CONSELHO REALIZADOS EM SESSÃO SECRETA DE DELIBERAÇÃO

Com relação a essa prejudicial, votei vencida pelos motivos que passo a expor.

A Defesa suscita a incompatibilidade, entenda-se, uma vez mais, a revogação do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei nº 5.836/72[89], pela Carta da República, por impedirem a presença do justificante e seu defensor na sessão de deliberação do Conselho de Justificação, preceitos inconciliáveis com os incisos LIV e LX do art. 5º da CF.

Consoante já expus no julgamento do Conselho de Justificação nº 20-23.2008.7.00.0000, entendo ter havido a revogação, pela Constituição Federal, dos dispositivos acima nomeados.

Abusiva é a norma que priva o cidadão de participar de sessão de julgamento em processo a que responde, vedando, até mesmo, a presença de advogado constituído, por revelar incontestável desrespeito às garantias constitucionais e odioso retrocesso jurídico que aniquila postulados clausulados como pétreos.

Certo é que a positividade máxima, ao sistematizar os direitos fundamentais, resguardou os ideais difundidos pelo regime democrático[90].

Impõe o Diploma Republicano a observância dos axiomas magnos, insculpidos no art. 5º, de eficácia imediata e aplicabilidade direta, vedado à lei infraconstitucional afastar-se das diretrizes garantidoras do processo justo e eficaz.

O conceito atual de Estado Democrático de Direito estabelece institutos jurídicos aptos a assegurar o *due process of law*. Salutar que o poder estatal, nomeadamente no exercício do *munus* jurisdicional, observe e faça observar as garantias conferidas aos cidadãos, já que atentar contra elas vicia os atos e as decisões prolatadas, devendo ser banidas

---

[89] Art. 9º, § 1º: "*o Justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à* ***sessão secreta de deliberação*** *do relatório*".
Art. 12: "*Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a* ***deliberar, em sessão secreta****, sobre o relatório a ser redigido*".

[90] Relevante é o pensamento de Biscaretti di Ruffia: *"Nos Estados de democracia clássica – tanto de tendência laica como católica – a doutrina política dominante vê na pessoa humana o fator prevalente. E os múltiplos grupos sociais (entre eles o Estado), espontaneamente produzidos ou artificialmente criados pelo homem, não devem ter outra missão senão a de funcionar no interesse daqueles que os compõem, secundando, portanto, as respectivas vontades individuais e facilitando o livre e natural desenvolvimento, até que não lese os iguais direitos de seus semelhantes" In* DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional* (Instituições de Direito Público). Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, pp. 522/523.

condutas intervencionistas tendentes a paralisar ou restringir o alcance de suas disposições.

Nesse contexto, com o fito de evitarem-se práticas atentatórias ao democratismo, notadamente na seara processual penal, a Constituição Federal assegura, no art. 5º, incisos LIV e LV, o devido processo legal, consubstanciado na ampla defesa e no contraditório, nas garantias de igualdade entre os litigantes, na imparcialidade do magistrado, na publicidade dos atos judiciais, na fundamentação das decisões, dentre outras.

A legislação ordinária, ao subsumir-se a elas, há de respeitar a eficácia almejada, não estabelecendo limitações desmotivadas e desnecessárias aos direitos dos cidadãos.

Preceito fundamental amplo, a legitimidade do processo configura o exercício da liberdade individual.

Lúcida a conceituação doutrinária de Ada Pelegrini, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra[91]:

> *"O* devido processo legal*, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades* e *poderes de natureza processual* e*, de outro, legitimam a própria função jurisdicional"*.

Pacífico, entre os doutrinadores, que tal postulado fortaleceu-se com a promulgação da *Lex Magna*, quando ela destacou mecanismos destinados à proteção do denunciado em face dos abusos eventualmente perpetrados pelo Estado. Aliado basilar do resguardo à liberdade, a garantia revela-se indispensável no processo jurisdicional dos Estados legítimos.

De irrefutável relevância, de seus preceitos decorre o reconhecimento no Direito Comparado e no Direito Internacional, tendo sido incluído na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *ex vi* dos arts. 8º, 10 e 11, item 1, *in litteris*:

> *"Art. 8º Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.*

---

[91] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

Art. 11. Item 1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Tal como esposado, inadmissível ser vedado ao justificante e ao seu advogado o acesso à sessão de julgamento por absoluto empecilho à atuação defensiva. O sigilo seria concebível, apenas, em fase inquisitorial e, tão somente, para angariar o mínimo lastro probatório, já que, inclusive aí, os autos não podem ser absolutamente sonegados do indiciado.

Na espécie, inexistem motivos idôneos aptos a embasar a ausência de publicidade no julgamento de um Conselho de Justificação. Afinal, na fase decisiva todas as provas já foram colhidas, sendo vedada a inovação, não havendo, pois, que falar em sigilo decorrente da necessária colheita de provas.

Sobre o tema, pontua Nelson Nery Júnior[92]:

"O princípio do contraditório não admite a existência, para os litigantes e seus advogados, de procedimento ou processo secreto, seja no âmbito administrativo, seja no judicial. É inadmissível no estado democrático de direito a investigação, o processo secreto. Conhecimento da existência do procedimento ou processo em que se é acusado ou parte é direito fundamental garantido pela CF, artigo 5º, LV".

Relativamente à questão, colaciono a visão de Helena Delgado Ramos Fialho Moreira[93]:

---

[92] NERY JÚNIOR, Nelson. *Processo Secreto e Princípio do Contraditório*. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 189.

[93] MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1190.

> *"Vê-se, portanto, que a garantia de ampla publicidade dos atos processuais de uma forma geral aqui – especificamente reforçado pelo fundamento de validação dos julgamentos judiciais, em face da cominação de nulidade – representa, em última análise, um desdobramento lógico e necessário da garantia elementar do devido processo legal (artigo 5°, LIV), substancialmente incompatível com a banida prática de julgamentos secretos. Resta a parte, assim, cabalmente protegida contra julgamentos realizados sem sua prévia ciência válida, de modo a oportunizar o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa! (artigo 5°, LV)."*

Sabido, por decorrência lógica e necessária, que a presença da parte e de seu defensor em todos os atos judiciais é medida impositiva para a composição eficaz da lide.

Magnífico avanço inserido pelo constitucionalismo ocidental, a publicidade, consectário da lisura processual, é de observância obrigatória, devendo ser combatidas práticas tendentes a restringir ou abolir a transparência dos procedimentos, seja no âmbito judicial, seja no administrativo. Sua restrição somente é tolerada para a preservação da intimidade ou, eventualmente, se o interesse social a recomendar, mas isso com relação a terceiros ou à imprensa; nunca com relação às partes e aos seus procuradores.

A publicidade é regra em todos os atos judiciais, excepcionando-se para salvaguardar a ordem pública ou o interesse íntimo dos litigantes.

In specie, a legislação regulamentadora do Conselho de Justificação não buscou resguardar a intimidade do Justificante ou o interesse social. Ela simplesmente retirou do militar o direito de participar de julgamento no qual figura como parte acusada, subtraindo-lhe a plenitude da defesa, sem apresentar qualquer justificativa.

A doutrina é enfática ao apontar a relevância da transparência no exercício dos atos judiciais, autorizando a vedação somente em casos extremos. Veja-se[94]:

---

[94] MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 502/503.

> *"O texto constitucional consagra a publicidade dos atos processuais, estabelecendo que a lei só poderá restringi-la quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX). Essa regra encontra correspondência no art. 93, IX, da Constituição, que consagra a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário,* ***podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes.****"* (grifos nossos).

Acerca da impossibilidade de ocorrência de julgamentos secretos, a ADI nº 2970, relativa às disposições constantes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, proclamou:

> *"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI 8.185, DE 14.05.91. ARTS. 144, PAR. ÚNICO E 150,* CAPUT, *DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.* ***ATO DE JULGAMENTO REALIZADO EM SESSÃO SECRETA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ARTS. 5º, LX, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*** *1. O impugnado art. 16 da Lei 8.185/91 encontra-se tacitamente revogado desde a edição da Lei 8.658, de 26.05.93, que estendeu a aplicação das regras previstas nos arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90 – dirigidas, originariamente, ao STF e ao STJ – às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. 2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, 'dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos' (CF, art. 96, I, a). 3. São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição. 4.* ***Ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta***

> ***Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional****. Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.09.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos arts. 144, par. único e 150,* caput *do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios."* (STF. ADI 2970/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 12/5/2006). (grifos nossos).

Por certo, descabe à legislação ordinária instituir o sigilo desarrazoado ou proibir o acesso das partes aos atos realizados, em respeito à igualdade das partes litigantes, escopo garantidor da aplicabilidade e da constante evolução dos direitos, nomeadamente os fundamentais, conquistados pela sociedade.

Nesse conspecto, às normas subalternas é vedado prever distinções desautorizadas pela Constituição. Em se tratando dos militares, quando a Carta da República objetivou distingui-los, seja para conferir ou suprimir garantias, manifestou-se taxativamente, a fim de obstar dúvidas ou interpretações equivocadas.

Para além, a publicidade dos atos públicos – e as sentenças judiciais ou decisões administrativas o são – é um poderoso aliado da sociedade no controle da atuação das autoridades no que tange à moralidade e à lisura dos procedimentos adotados.

Nesse contexto, óbvio é o interesse geral, e não somente o do justificante, porquanto o decisório atinge tanto a parte quanto a sociedade que convive com o eventual sujeito ativo e sofre as consequências danosas do ilícito, *in casu*, representada pelas Forças Armadas. Segundo Luís Carlos Martins Alves Junior, *"a decisão judicial não é um ato solitário do juiz, mas uma construção na qual se envolvem todos os interessados na solução da controvérsia"*[95].

Nem se argumente ter o Conselho de Justificação natureza administrativa, razão pela qual afastados restariam os postulados inerentes à judicialização; a uma, pelo seu caráter híbrido, a emprestar-lhe natureza

---

[95] ALVES JUNIOR. Luís Carlos Martins. *Direitos Constitucionais Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 146.

judicialiforme; a duas, porque, mesmo se cingido à condição de mero Processo Administrativo Disciplinar, ainda nesta hipótese, encontrar-se-ia sob o jugo das garantias constitucionais que abrigam o devido processo penal.

Detalhou a Constituição Brasileira, minuciosamente, os princípios e preceitos básicos norteadores da Administração Pública, dedicando-lhe capítulo específico e artigos destacados.

O Poder Disciplinar, inserido no rol das atribuições instrumentais da Governança, tem por fim aplicar sanções aos agentes públicos pela prática de infrações de caráter funcional, assegurando-lhes, porém, as fianças revitalizadoras do sistema democrático.

Reconhecida a infração aos deveres ou às proibições funcionais por parte de servidor, o poder disciplinador é chamado a intervir, tal como capitulado na art. 143[96] da Lei nº 8.112/90 e nos arts. 1º e 2º da Lei nº 5.836/72. Contudo, o agir estatal vincula-se aos comandos normativos que ornam a pessoa humana.

À evidência, a averiguação de fatos que possam ser qualificados como irregulares, ilegais ou criminosos destina-se não só a preservar a boa ordem do serviço público, mas serve, outrossim, de instrumento de defesa do servidor investigado.

No direito positivo brasileiro, duas são as modalidades de apuração da falta funcional: a **sindicância**, que guarda similaridade com o **IPM ou a IPD,** no âmbito das Forças Armadas, e o **processo administrativo disciplinar**. Ora, se se considerar o **Conselho de Justificação** como processo administrativo, inegável encará-lo como um mecanismo punitivo que apena o servidor militar com a perda do posto e da patente, destituindo-o do cargo. Ou seja, apena-o com a mais grave sanção que se imporia ao servidor civil.

A propósito, saliento que, se por um lado a Lei nº 8.112/90 ampliou a discricionariedade na aplicação da punição ao servidor faltoso, por outro, a reprimenda restou condicionada às estatuições normatizantes que estabelecem como sanção máxima a demissão, a ser imposta nos casos expressamente arrolados pelo art. 132[97].

---

[96] *"Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa."*

[97] Veja o artigo mencionado:
"Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

Da gravidade sancionatória decorre a legítima atribuição de se conferir ao sindicado, justificante ou investigado, as fianças instituídas pelo devido processo *lato sensu*.

Desinteressa à espécie perquirir sobre as modalidades de sindicâncias previstas pelo Estatuto do Funcionário Público, que poderão resultar, além da ordinária instauração de processo disciplinar, em imediata punição do investigado, nos moldes previstos pelo art. 145 da Lei nº 8.112/90.[98] Sem embargo, impõe-se nomeá-las para estabelecer eventuais similitudes ao procedimento militar *sub examine*.

São elas a **meramente investigativa ou inquisitorial**, instaurada para apuração de irregularidades e identificação da respectiva autoria, aberta sem a presença de acusados; a **conectiva**, que serve de meio de instauração de processo administrativo disciplinar nos casos passíveis de penas mais graves do que a suspensão de até trinta dias; e a **autônoma ou punitiva**, instaurada com acusação formal contra o agente público e na qual é assegurada a ampla defesa, por destinar-se à imposição, ao seu final, de ato punitivo.

É esta última que guarda conexão com o procedimento do Conselho de Justificação. E, por certo, sobre ela incidirão os preceitos máximos norteadores do direito disciplinar, porquanto sua natureza reveste-se

---

I - crime contra a administração pública;
II - abandono de cargo;
III - inassiduidade habitual;
IV - improbidade administrativa;
V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
VI - insubordinação grave em serviço;
VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
XI - corrupção;
XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117."

[98] *"Art. 145. Da sindicância pode resultar:*
I- arquivamento do processo;
II- aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;
III- instauração de processo disciplinar."

de verdadeiro processo administrativo que enseja possibilidade concreta de apenação. Nesses termos, a sindicância apenadora, o processo disciplinar e o Conselho de Justificação observam idênticos parâmetros.

Efetivamente, está-se diante de institutos que atendem a fins dessemelhantes, mas dimensionados de acordo com a metodologia interpretativa e a função estabilizadora do Estado de Direito. Nesse mister, vedado ao legislador desfigurar as normações que os regem.

Isso porque, ao fim e ao cabo, todos eles possibilitam a penalização do servidor público – civil ou militar – do que decorre dever a Governança respeitar as franquias magnas deferidas àquele que os responde.

Agregue-se, ademais, a ideia da proporcionalidade como necessidade intrínseca ao bom funcionamento do regime político.

Verdadeiro *principium* ordenador, a proporcionalidade, a despeito de não vir explicitada, textualmente, na *Lex Magna,* não impede que se lhe atribua vigência e eficácia, face ao disposto no § 2º do art. 5º, segundo o qual: *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados."*

Assim, reconhecer a validade jurídica de julgamentos secretos, mesmo em sede de processo administrativo, amesquinha a Carta Cidadã e nega eficácia ao seu *espiritu*. Inaceitável que lei infraconstitucional restrinja direitos e garantias maiores, pois, ao revés de comprimi-los, buscou o Constituinte Originário reforçá-los em sua imperatividade e alargar-lhes a influência no ordenamento jurídico-social.

Vale sublinhar, com Ronald Dworkin, que *"princípios são proposições que descrevem direitos"*[99]; e *"é nessa dimensão, objetiva, que eles aparecem [...] como, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional [...] indispensáveis para a preservação de direitos fundamentais."*[100].

De lastimar não tenham os julgadores *a quo* atentado para a necessidade de se efetivarem estimativas ou ponderações impostas pela natureza dos valores, para efeito de sua aplicação a situações concretas,

---

[99] Principles are propositions that describe rights- Is a law a system of rules? In: The Philosophy of Law, Oxford, 1977, p.38.

[100] Willis Santiago Guerra Filho; *Op.cit*., p.21.

como a que ora se apresenta. Contudo, o sentido indeclinável de unidade que faz convergirem para o campo da integração as disposições de um mesmo diploma legal, como também a imperiosidade de se interpretar o verdadeiro significado de uma lei, amparam a tese da desconformidade hierárquica dos arts. 9º, § 1º, e 12, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, cuja redação foi revogada pela Carta de 1988.

Em suma, não há como desabrigar do escudo protetivo da Norma *Normarum* o militar submetido a Conselho de Justificação, uma vez que o atuar disciplinatório da Administração Pública submete-se aos valores garantistas norteadores do direito penal, bem assim aos cânones de regência referentes à atuação persecutória do Poder Estatal.

Nesse norte, coube ao art. 5º da CF estatuir acerca da aplicabilidade do devido processo legal à esfera administrativa, e não só à judicial, a teor do seu inciso LV, *litteris:*

> *"LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."*.

Norte da processualística liberal, o dispositivo possibilita que, antes de serem tomadas decisões gravosas contra o indivíduo, lhe seja oportunizado manifestar-se em prol de seus interesses, restando-lhe salvaguardado, dentre outros direitos, **um julgamento público**, célere e imparcial.

A publicidade dos atos processuais a que se refere o inciso LX do art. 5º da Carta Política inicia-se com a citação e termina com o julgamento do acusado, atos que devem ser processados às claras, sem conjurações ou segredos, como sói acontecer em sociedades abertas, nas quais restam vedados tribunais de exceção e julgamentos secretos.

Tal como colocado, infere-se que a atividade sancionatória da estatalidade baliza-se acorde os cânones do Direito Penal Constitucional, a despeito de o crime diferenciar-se da infração administrativa. Contudo, sem embargo da distinção ontológica, inolvidável que, tanto no ilícito criminal quanto no administrativo, está-se diante de situação ensejadora da manifestação sancionadora, razão pela qual o sistema democrático recomenda a incidência das prerrogativas criminais em favor dos agentes públicos infratores. O próprio Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento aqui esposado, conforme se extrai do MS nº 20.999, de relatoria do Min. Celso de Mello.

Imperioso, nesses termos, o estrito acatamento do procedimento administrativo disciplinar, *in specie*, do Conselho de Justificação, à rigidez da positividade máxima.

Nesse diapasão, descortina-se, como exigência cognitiva de elaboração racional de Justiça, que se proceda à exegese dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, em íntima conexão com os valores axiológicos que emanam, inelutáveis e irredutíveis, da Carta da República. Decorre daí sua inexorável desconformidade hierárquica ante ela[101].

Sobre a nulidade de processo administrativo sigiloso, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA INDIRETA. PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO DE MAGISTRADO EM DISPONIBILIDADE.* ***SESSÃO SECRETA DE JULGAMENTO. PROIBIÇÃO DA PRESENÇA DO ACUSADO E DE SEU DEFENSOR. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.*** *Processo administrativo anulado, pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na interpretação de normas infraconstitucionais. Interpretação esta, que, ademais, é a que melhor se coaduna com a garantia constitucional da ampla defesa. Recurso extraordinário não conhecido."* (STF, RE 195612/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14/6/2002). (Grifo nosso).

Averiguada a inadequação da legislação ordinária frente à Lei Maior, curial a revogação.

Nestes autos, de indiscutível relevância é a análise do fenômeno da recepção. Caso a norma pretérita seja compatível com o texto constitucional vigente, será ela acolhida pela Nova Ordem jurídica; contudo, verificada a desconformidade vertical de dispositivo legal editado sob a égide da Carta anterior, resta ele revogado, em consonância com o bro-

---

[101] MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. 1. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 26: Sobre a temática, enfatiza: *"É mais custoso, embora imprescindível, congraçar um Direito constitucional com o sentimento dos factos sociais. Virar-se para os factos sociais destrói qualquer construção jurídica, fugir-lhes tira à construção qualquer interesse. O Direito promana da sociedade, o Direito constitucional espelha por definição uma imagem da sociedade, a experiência jurídica não se esgota na obediência a normas"*.

cardo *lex posterior derogat priori*. Por outras palavras, o juízo negativo de recepção dá ensejo à supressão da norma materialmente incompatível com o ordenamento magno superveniente.

Certo assim é que a lei infra promulgada antes do advento da Constituição Federal vigente e que com ela não guarde acatamento é simplesmente revogada, não havendo que se cogitar hipótese de declaração de inconstitucionalidade.

A validez de uma norma há de ser aferida em relação ao Ordenamento Supremo ao tempo de sua promulgação. Se com ele compatível e contemporânea, será constitucional, caso contrário, a declaração de inconstitucionalidade é medida que se impõe. Tratando-se de regra anterior à *norma normarum* em vigor, opera-se sua revogação se desconforme com a *Lex* Magna.

Pacífica a doutrina do Supremo Tribunal Federal desde a década de 1940, conforme assinalou o Ministro Paulo Brossard em voto proferido na ADI nº 2, de 6/2/1992, cuja ementa transcrevo:

> *"EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido."* (STF. ADI nº 2/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 6/2/1992, DJ 21/11/1997).

No aludido voto, o Relator, após trazer o repertório jurisprudencial do Pretório Excelso e de outros Tribunais, citou Pontes de Miranda[102]. *In litteris*:

> *"Se, com a nova constituição forem inconciliáveis, implícita ou explicitamente, todas as regras, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixarão de vigorar no instante mesmo que se iniciou a vigência da nova Constituição. (Comentários à Constituição de 1946. 3. ed, VI, p. 395; Comentários à Constituição de 1967 e 69, 2. ed, III, p. 595)".*

Nestes autos, patenteia-se a incongruência vertical da vedação legal contida nos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, disciplinadora do Conselho de Justificação, com os ditames magnos prevalentes, em especial, aqueles que resguardam o devido processo legal e os corolários e fundamentos norteadores dos direitos humanos fundamentalizados pela *Lex* Republicana.

Em síntese, tem-se que a lei atacada que não guarda relação de contemporaneidade com a *novel* Carta Política deve ser declarada revogada, se com ela incompatível.

Concluo afirmando que a natureza de uma República reflete o espírito de suas leis. Os procedimentos administrativos punitivos e judiciais na Nova Ordem brasileira ostentam feição vinculada, cingidos que estão aos parâmetros superiores que comandam a atividade do Poder Público. A medida ideal de justiça nos Conselhos de Justificação, por suposto, há de resguardar a moralidade administrativa, tão cara ao *ethos* militar, mas sem olvidar as garantias mínimas do cidadão. É o que se espera de um Estado bem ordenado, pautado por uma cultura cívica e política comprometida com a legitimidade jurídica.

Ante o exposto, votei vencida por declarar revogados os arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal e anular o procedimento a partir do julgamento secreto.

MÉRITO

No mérito, igualmente, votei vencida, pelas razões a seguir delineadas.

---

[102] STF. ADI nº 2/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 6/2/1992, DJ 21/11/1997.

Passo a analisar, separadamente, cada uma das acusações imputadas ao Cap Aer ERIC FERREIRA BRAGA, *ex vi* do art. 2º, inciso I, alínea "b", e inciso IV, da Lei nº 5.836/72.

Item 2.1 do Libelo Acusatório:

> *"(Deixar de apresentar as contas de energia elétrica ao Comandante do GSB (Grupo de Serviço de Base), o então Ten Cel Av Pedro Luis Farcic, em fevereiro de 2006, para apuração de suposto desvio de energia elétrica no edifício em que residia)".*

Quanto ao citado episódio, ocorrido em fevereiro de 2006, observa-se, no Relatório da Sindicância de fls. 299/301, ter havido, em tese, descumprimento a ordem de superior hierárquico. Segundo a Folha de Alterações, na solução da Sindicância nº 001/2006-C, foi determinado ao Comandante do Esquadrão a Apuração de Transgressão Militar e Aplicação de Punição (fl. 1.921). Porém, não consta dos autos ter o justificante sido punido disciplinarmente pelo fato.

Alega a Defesa ter a Sindicância sido arquivada sem nenhuma sanção administrativa para o Cap Av ERIC BRAGA.

Dos depoimentos prestados pelos acusadores no Conselho de Justificação, extrai-se:

- Ten Cel Int Elderson Braga Corteletti:

> *"Perguntado se foi o responsável pela sindicância realizada para apuração do suposto desvio de energia elétrica do bloco 'A' para residência do Cap ERIC, respondeu sim; (...)* ***perguntado se o Cap ERIC mostrou disposição em elucidar o fato e como, respondeu teve disposição, não faltando às intimações, estando presente sem a presença de advogado, apresentando-se bastante cooperativo****; perguntado se o Ten Cel Farcic solicitou as contas de energia dos últimos meses para o Cap ERIC, a fim de apurar melhor os fatos, respondeu somente através da parte nº 81/GSB/R, de 23 de fevereiro de 2006; perguntado se o Cap ERIC entregou as contas de energia ao Ten Cel Farcic, respondeu não soube precisar; (...)* ***perguntado se o Cap ERIC entregou tempestivamente as contas de energia solicitadas por V. Sª, respondeu que não foi tempestivamente, mas que se mostrou cooperativo, justificando que as mesmas se encontravam com seu advogado e estava fazendo esforços***

***em reavê-las, entregando-as antes do término da Sindicância**; perguntado se imputou fatos sobre o Cap ERIC relativos à Sindicância realizada, que o obrigaram a responder ao TCO nº 077/2006, passíveis de denegrirem sua imagem e honra perante os demais oficiais da Base Aérea de Fortaleza (BAFZ), inclusive mais modernos, respondeu não (...)"* (grifos nossos).

- Cel Pedro Luis Farcic:

"Perguntado se no dia 16 de fevereiro de 2006 compareceu à residência do Cap ERIC e verificou in loco *o suposto desvio de energia e como reagiu; respondeu aparentemente ficou surpreso com o fato e desconhecia os motivos para tal; **perguntado se o Cap ERIC mostrou-se colaborativo para a elucidação desse fato; respondeu sim, que o mesmo subiu ao apartamento e regressou trazendo consigo uma conta de energia elétrica, a qual não se recorda dos valores ou mês de referência**; perguntado se solicitou ao Cap ERIC a sua última conta de energia elétrica e como este procedeu; respondeu não solicitou especificamente a última conta de energia, **apenas que o justificante mantivesse consigo a comprovação e se estava havendo pagamento regular,** não com o intuito de se proceder a uma 'auditoria' naquele momento; **perguntado se no dia 21 de fevereiro de 2006 solicitou ao Cap ERIC as últimas contas de energia para a elucidação do fato; respondeu sim, sendo dito pelo justificante que não o faria, afirmando que tratava-se de direito do mesmo e que não as entregaria**; perguntado se no dia seguinte, 22 de fevereiro de 2006, ao cobrar a entrega das contas de energia o que o Cap ERIC respondeu; respondeu corrobora o anteriormente dito; perguntado se diante da ordem recebida o Cap ERIC solicitou que a mesma fosse dada por escrito; respondeu **não soube precisar;** perguntado se o Cap ERIC procurou V. Sª para justificar o atraso na entrega das contas de energia solicitadas; respondeu **não soube precisar** (...)".* (grifos nossos).

Do cotejo dos depoimentos transcritos, vislumbro algumas contradições.

O Ten Cel Elderson Braga Corteletti declarou ter o Cap ERIC BRAGA se apresentado bastante cooperativo durante a Sindicância.

Por igual, o Cel Pedro Luis Farcic, ao iniciar seu depoimento, também informou ter o justificante colaborado para a elucidação do fato. Aduziu que, na ocasião da vistoria realizada em 16 de fevereiro de 2006, ele subiu ao seu apartamento e regressou com uma conta de energia elétrica, mesmo não lhe sendo solicitada, porquanto lhe foi somente recomendado que mantivesse consigo a comprovação de pagamento regular.

Já na segunda parte de suas declarações, o referido Coronel asseverou que, no dia 21 de fevereiro de 2006 (ou seja, após a vistoria), o Cap ERIC BRAGA negou-se a entregar as últimas contas de energia, sob a alegação de que seria direito seu não o fazer. Ora, tal declaração contradiz a primeira assertiva do acusador acerca da solicitude do justificante.

Conforme depoimento do encarregado da Sindicância, Ten Cel Elderson Braga Corteletti, o oficial somente fora obrigado a entregar suas contas pessoais por ocasião do pedido escrito, datado de 23 de fevereiro de 2006, formulado na parte nº 81/GSB/R. Conclui-se, portanto, que o encarregado administrativo desconhecia qualquer solicitação feita oralmente pelo Cel Pedro Farcic em data anterior (21 de fevereiro de 2006).

Este último depoente, o Cel Pedro Farcic, inclusive, não soube, sequer, precisar se o Cap ERIC BRAGA solicitou que a ordem recebida fosse dada por escrito. Ora, se o diálogo ocorreu entre os dois, como não saberia precisar? Mais, como não saberia dizer se o Cap ERIC o procurou para justificar o atraso na entrega das contas de energia solicitadas?

Certo é que, conforme solução do TCO datada de 8 de maio de 2006, o Cap ERIC BRAGA afirmou não ter interpretado a solicitação do Comandante do GSB como uma ordem e sim como um pedido de colaboração. Ademais, alegou encontrar-se impossibilitado de entregar as contas, por estarem em poder do seu advogado, sendo impossível pegá-las no período de 21 a 23 de fevereiro, devido às suas atribuições profissionais (fl. 21).

A corroborar, o Ten Cel Elderson Braga Corteletti aduziu não terem os documentos sido entregues tempestivamente, pelas razões alegadas, mas que o Cap ERIC BRAGA esforçou-se em reavê-los, entregando-os antes do término das investigações sobre o suposto desvio de energia.

Assim, verifica-se ter o justificante, de modo geral, cooperado com a Organização Militar, fornecendo as contas de energia elétrica antes da conclusão do procedimento administrativo, sendo este arquivado por

carência de elementos suficientes para imputar-lhe a autoria da prática delitiva.

Causa, então, estranheza a assertiva da negativa de entrega dos documentos ao Cel Pedro Luis Farcic no dia 21 de fevereiro de 2006, subsistindo dúvidas e contradições.

Ressalve-se que, mesmo que o recorrente houvesse se negado a fornecê-los, estaria amparado pelo postulado do *nemo tenetur se detegere*, previsto expressamente no art. 8º, item 2º, alínea "g", da Convenção Americana de Direitos Humanos e implícito na Constituição Federal, porquanto consectário do devido processo legal.

Por óbvio, o direito à não autoincriminação não se restringe ao interrogatório de pessoa formalmente acusada, tampouco se limita ao direito ao silêncio. Alastra-se tal prerrogativa por todo o *iter* investigatório, dentro dos parâmetros do *due process of law*.

Tem por desdobramento o direito à mentira, à informação de poder permanecer calado, o de não praticar qualquer comportamento ativo incriminador e o de não produzir prova contra si que envolva o corpo de forma invasiva.

Daí, o investigado não poderia ser forçado a se prejudicar.

De toda sorte, assim não procedeu, e as contas foram entregues antes do término das investigações. Ainda que se queira insinuar ter o justificante desfeito o desvio de energia elétrica, não exsurgiram provas ou indícios que pudessem incriminá-lo.

Tal como colocado, não vislumbro conduta reprovável apta a afastá-lo do oficialato, até porque ele, sequer, foi punido disciplinarmente pelo episódio. Por tudo isso, considero o Cap ERIC FERREIRA BRAGA justificado.

Itens 2.2 e 2.4 do Libelo Acusatório:

> *"2.2- Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, <u>em novembro de 2007, ao alegar inveridicamente dano moral sofrido por ação praticada pelo então Cap Av Jorge Monteiro Lopes Júnior, que não logrou êxito comprovar</u>, abalando com esse ato os pilares da disciplina,*

da ordem, do respeito e da hierarquia militares, maculando a honra da caserna;

(...)

2.4- Ter tido conduta irregular e praticado atos que afetam o sentimento do dever militar, o pundonor militar e o decoro dos militares, obrigações e deveres previstos nos artigos 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares, ao representar duas vezes contra oficiais superiores hierárquicos, uma vez no Ministério Público Militar do Ceará, e outra no Ministério Público Federal do Ceará, alegando atos de improbidade e imoralidade administrativas, sem lograr êxito na comprovação, abalando com esse ato os pilares da disciplina, da ordem, do respeito e da hierarquia militares, maculando a honra da caserna, desrespeitando o compromisso militar assumido, de que trata ainda o art. 32 e 33 do Estatuto Militar" (grifo nosso).

Outrossim, pesa sobre o recorrente a acusação de ter ingressado com duas ações de danos morais no Juizado Cível e duas representações contra seus superiores no Ministério Público Federal e Militar, por fatos ocorridos em novembro de 2007, segundo o Libelo Acusatório.

As Representações, de idêntico teor, relataram tanto ao MPF quanto ao MPM perseguições e assédio moral por ele sofrido, além de irregularidades praticadas pelo Cel Farcic, pelo Ten Cel Maximiliano e pelo Ten Cel Nicolau. Segundo o relato do justificante, o Cel Farcic utilizava a aeronave da FAB sem descrição nominal dos passageiros, o que contraria a determinação contida na NSCA 4-1. Tal fato teria ocorrido, igualmente, em 2002 e 2005, quando o Ten Cel Maximiliano e o Ten Cel Nicolau utilizaram o avião da FAB sem observância das normas técnicas.

O Ministério Público Militar, a despeito de tê-las arquivado, constatou **a ocorrência de irregularidades, sanadas administrativamente** (fls. 561/563). Mais, se o Órgão Ministerial entendesse que o justificante estivesse imputando falsamente aos superiores a prática de crimes, o teria processado por denunciação caluniosa, o que não se verificou.

No tocante às ações de danos morais, destaco os seguintes pontos.

A ação ajuizada contra o Major Elderson Braga Corteletti refere-se ao fato de o referido Major ter determinado a instauração de Apuração de Transgressão Disciplinar e Aplicação de Punição Disciplinar Militar

para investigar o suposto descumprimento de ordem escrita de superior consistente na entrega de documentação (contas de energia elétrica) por parte do justificante, procedimento publicado em Boletim Confidencial amplamente divulgado no âmbito dos Oficiais da Base Aérea. Conforme salientei, ao longo da Sindicância apurou-se que os documentos solicitados foram efetivamente entregues, razão pela qual inexistiu o alegado descumprimento de ordem pelo investigado.

Muito embora na sentença o Juiz ordinário tenha assentado a inexistência de dor ou sofrimento aptos a ensejar indenização por danos morais, motivo pelo qual julgou improcedente o pedido, indubitável, no ambiente castrense, o desvalor do ato imputado ao recorrente.

Quanto à outra ação de indenização por danos morais, ajuizada em face do Cap Jorge Monteiro Lopes Júnior, foi julgada extinta, sem julgamento de mérito, pelo Juizado Especial Civil da Comarca de Niterói, tendo sido novamente ajuizada perante o Juízo competente (Justiça Federal).

Seu mérito *causae* centrou-se na afirmação do Cap Jorge Monteiro de que o Cap ERIC BRAGA teria se exaltado, sido rude e agressivo com o Cap Curityba[103], episódio, sequer, confirmado pela vítima. De acordo com o Relatório de Apuração Sumária de Transgressão Disciplinar, de 12 de setembro de 2005 (fls. 30/31 – volume 1), o Cap Curityba informou não ter se sentido desrespeitado, ratificando a informação ao Conselho.

Frise-se que, durante o seu depoimento no Conselho de Justificação, o Capitão, hoje Major Aviador André Gustavo de Souza Curityba, quando perguntado se as atitudes do Cap ERIC BRAGA, durante a manobra do 1º/5º GAV na Base Aérea de Campo Grande em 2005, comprometeram a camaradagem e o espírito de cooperação entre os oficiais, respondeu que *"não",* pois *"foi procurado* a posteriori *pelo Cap ERIC, que lhe pediu desculpas pelo modo como se comportara na reunião, as quais foram por ele aceitas e que mantiveram uma convivência normal após o evento"* (fl. 1.636).

O próprio Capitão, hoje Major Jorge Monteiro, em depoimento no Conselho, quando perguntado se foram utilizados os termos "rude" e "agressivo" durante o TCO nº 148-C/2005/BAFZ, afirmou que: *"(...) tudo*

---

[103] Em reunião na qual o Cap Jorge Monteiro afirmou que a funcionária do hotel de trânsito Letícia havia feito uma reclamação quanto ao tratamento do Cap ERIC com ela.

depende do nível de educação que a pessoa possui, ou seja, uma determinada ação pode ser considerada rude para uma pessoa e não para outra, sendo assim uma questão subjetiva, entretanto como já mencionado anteriormente não considerou o fato como transgressão disciplinar, caso contrário teria tomado outra postura" (fl. 1.629).

Alegou, então, o justificante, no foro cível, que o Cap Jorge Monteiro, após 12 de dezembro de 2005, reafirmara, uma vez mais, o desrespeito perpetrado contra o Cap Curityba, mesmo após a comprovação de que tal declaração não condizia com o ocorrido. Tal proceder, na sua ótica, demonstrava vontade de denegrir sua imagem e honra junto à instituição castrense, com o que tendo a concordar.

Ora, a despeito dos princípios imperantes nas Forças Armadas da disciplina e hierarquia, não vislumbro que o aforamento de lides desta natureza afrontem a moral de superior. Ao revés, obstaculizar o acesso à jurisdição constituiria frontal violação às garantias constitucionais insculpidas no art. 5º, incisos LIV e XXXV, da Carta Política.

Está-se diante de princípios pétreos, investidos de fundamentalidade e imutáveis para o ordenamento magno. Revestem-se dos valores mais caros à estrutura democrática, daí sua força vinculativa máxima[104].

Entender que os postulados da hierarquia e disciplina sobrepujariam direitos fundamentais ocasionaria um conflito aparente de normas constitucionais, cuja exegese priorizaria os segundos.

Pelo exposto, entendo que processos por danos morais e a propositura de representações contra seus superiores para apuração de irregularidades perante o Ministério Público, *data maxima venia*, não constituem fundamento para declaração de incompatibilidade com o Oficialato.

Item 2.3 do Libelo Acusatório:

> *("provocar transtornos e abalo na ordem e na disciplina castrense na BACG (Base Aérea de Campo Grande), em julho de 2005, precisamente no Cassino de Oficiais, violando deveres que lhe são impostos como militar, praticando atos que não são condizentes com a conduta de um oficial das forças armadas").*

---

[104] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

Compulsando os autos, verifico, quanto à mencionada imputação[105], ter sido o justificante punido com 6 (seis) dias de prisão, conforme nota de punição disciplinar militar de fls. 906/907. Na oportunidade, considerou-se o ato transgressão média, tipificado nos incisos 50, 51 e 78 do art. 10 e no art. 38 do Decreto nº 76.322/75.

Saliente-se, em princípio, que aos atos de indisciplina considerados de gravidade média, consoante o art. 37 do RDAER, cabe impor repreensão em particular e detenção de até 10 (dez) dias.

Relatou o Maj Av André Gustavo de Souza Curityba acerca do incidente e da agressão tratada no item anterior (fls. 1.635/1.638):

> *"perguntado se o comportamento do Cap ERIC, os problemas acontecidos no HTO com a funcionária civil Letícia, com o livro de registro de hóspedes, com V. Sª e tudo o que aconteceu na BACG comprometeram o nome da Organização e dos oficiais à qual você pertencia na época, o 1º/5º GAV, respondeu que sim, porém não soube precisar a grandeza do impacto que teve na imagem do Esquadrão, sendo esta uma opinião pessoal e que a pessoa indicada para responder à pergunta com maior propriedade era o Maj Lopes Júnior, por ser o oficial mais antigo do Esquadrão".*

Por outro lado, o Maj Jorge Monteiro Lopes Júnior, pessoa apontada pela testemunha acima referida como a mais indicada para responder sobre o impacto da atitude do justificante, contraditoriamente, aduziu que o episódio ocorrido no Hotel de Trânsito de Oficiais da Base Aérea

---

[105] Trata-se da seguinte conduta: adulteração do livro de registros do Hotel de Trânsito dos Oficiais do horário 23h30 para 0h30 para efetuar pagamento de diária a menor. O Cap ERIC alegou que teria colocado ao lado do registro, de próprio punho, a letra "p" (fuso horário Papa) que se referia ao fuso horário de Fortaleza. A desavença não foi levada a nenhum oficial da BACG pelo Cap ERIC, a fim de ficarem esclarecidas as dúvidas sobre a data da entrada e como devia ser o pagamento das diárias. Ele teria deixado que o assunto fosse levado ao Comandante pela funcionária civil Letícia Fernanda de Lima Juraski, passando uma impressão negativa acerca dos oficiais do 1º/5º GAV. Houve, ainda, um desentendimento entre o Cap ERIC e a funcionária Letícia a respeito do uso de um computador que ficava em local não apropriado ao uso de hóspedes, tendo a funcionária negado-lhe acesso, informando-lhe que naquele local eram armazenados alimentos. O Capitão indignou-se dizendo que ele era um oficial e que a funcionária estaria insinuando que ele furtaria os objetos (fls. 498/505).

de Campo Grande não comprometeu o nome da Organização, **sendo um acontecimento pontual e isolado** (fls. 1625/1631)[106].

Ora, a mim me parece medida desarrazoada considerar o Cap ERIC FERREIRA BRAGA indigno para o oficialato por esse fato particular. A adulteração do livro de registros do Hotel de Trânsito dos Oficiais, do horário de 23h30 para 0h30, com vistas ao pagamento de uma diária a menos, em que pese ser reprovável moralmente, não constitui conduta capaz de retirar o posto e a patente de um oficial.

O Conselho de Justificação é procedimento destinado a apurar conduta de extrema lesividade às Forças Armadas, sendo a decretação da incapacidade ou indignidade para com o Oficialato última *ratio* e medida excepcionalíssima.

E como bem pontuou a Defesa, a denúncia descrita no Libelo Acusatório é, de fato, imprecisa, pois limita-se a afirmar que o justificante provocou "*transtornos e abalo na ordem e na disciplina castrense na BACG* (Base Aérea de Campo Grande)*, em julho de 2005, precisamente no Cassino de Oficiais",* sem apontar como a sua conduta teria refletido de forma negativa no seio da tropa.

Por fim, consoante Parecer da PGJM, é o caso da declaração da justificação do Oficial, ante a ausência de provas convincentes de ofensa ao pundonor militar. Transcrevo:

> *"As imputações versam sobre entrevero entre o justificante – réu – e seus comandantes. Tudo indica que o fato gerador ocorreu quando da gravidez de risco da esposa do oficial justificante, conforme requerimento acostado aos autos de fls. 3143/6. É muito difícil opinar sobre esses processos, pois versam sobre os requisitos de honra de outra profissão, de modo que, particularmente no que me cabe, opino mais em atenção aos requisitos formais do que propriamente ao conteúdo do que se considerou ofensa ao pundonor pelos integrantes do Conselho de Justificação, no que foram referendados pelo seu Comandante. No entanto, no caso presente, existem algumas situações que fazem desconfiar se não está havendo excesso de carga sobre o réu.*
>
> *Constata-se que tudo começou quando ele e sua mulher ingressaram em Juízo pedindo providências judiciais relativas à*

---

[106] Em suas palavras: "***não, os acontecimentos foram pontuais, isolados e não comprometeram o nome da Unidade Aérea***" (grifo nosso).

movimentação em face da citada gravidez, de risco, inclusive. Depois está evidente que seu relacionamento com os superiores azedou; houve representações e ações de sua parte que não resultaram em provimento na conformidade do pedido. Ora, requerimento, por si só, não pode gerar o reflexo gravíssimo da perda de cargo, até porque, ingressar em Juízo é um direito constitucional. Os itens 2.2 e 2.4 já revelam impossibilidade jurídica do pedido nesse aspecto.

O item 2.1 trata de notícia, em tese, de crime, que não se mereceu instauração de IPM, logo, já revela comportamento inusitado em se imputar delito fora da apuração criminal, desejando-se obter colaboração justamente de quem teve como verdadeiramente acusado de desvio de energia elétrica. Se não houve apuração criminal, inação que igualmente configura crime, o caminho natural é mover ação de indenização contra quem faz a imputação. E, novamente, vem a baila o argumento do parágrafo anterior.

No item 2.3 não subsiste nenhuma individualização de conduta, mas que parece, após leitura dos autos, de gravidade muito irrisória para justificar pedir a cassação de patente de um oficial. Renova-se a estranheza do parecerista.

Por derradeiro, o item 2.5 que se trata de fato acobertado pela prescrição penal e que aconteceu já no auge do relacionamento funcional desgastado.

Pois bem, tudo isso para dizer o seguinte: se não fosse o caso de declarar-se a nulidade do feito, tampouco reconhecer a prescrição, nada do que consta desses autos me convence de que se trata de apuração isenta. É nítida a influência no libelo do sentimento de ofensa por parte dos oficiais que foram réus nas ações e representações do justificante. Os indícios de perseguição são muito fortes a nosso sentir, razão pela qual, ainda que tivesse havido ofensa ao pundonor militar, no mérito, em atenção ao in dubio pro reo*, o parecer só pode ser no sentido da absolvição".*

Alfim, sumariando as condutas imputadas ao Justificante no Libelo Acusatório, pontuo:

1) concernente às ações de danos morais e representações impetradas contra os superiores hierárquicos (2.2 e 2.4), trata-se de procedimentos legais e vedá-los equivaleria a vulnerar o postulado básico da inafastabilidade do acesso à Jurisdição;

2) quanto à adulteração do livro de registros do Hotel de Trânsito dos Oficiais (2.3), em que pese ser conduta reprovável moralmente, não a considero suficiente para julgar o militar incompatível com o Oficialato, já tendo o justificante sido punido com 6 dias de prisão;

3) por último, com relação ao suposto desvio de energia elétrica (item 2.1), não restou provada a sua prática. Ao revés, a Sindicância isentou-o da realização da conduta investigada.

De todo o histórico militar do justificante, nota-se que ele iniciou a carreira no 1º semestre de 1989 e obteve ótimo comportamento, atuando, inclusive, por duas vezes, como juiz titular em Conselho Permanente de Justiça (fls. 1.903/1.904, 1.909/1.910).

Sem embargo de o Conselho de Justificação ser um processo especial, de cunho eminentemente discricionário da Administração Militar, devem estar evidenciadas condutas, em tese, reprováveis por parte do justificante, para julgá-lo culpado das imputações que lhe são feitas. Afinal, medidas extremas decorrem de seu sancionamento.

Nesse conspecto, votei vencida para declarar o Cap ERIC FERREIRA BRAGA justificado das condutas descritas no Libelo Acusatório.

Superior Tribunal Militar, 11 de setembro de 2014.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra-Revisora

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (2) 4-98.2010.7.00.0000-DF

Votei vencido, acompanhando o voto da Ministra-Revisora, ao acolher a preliminar suscitada pela Defesa do Capitão da Aeronáutica ERIC FERREIRA BRAGA, para declarar a prescrição das condutas descritas nos itens 2.1 a 2.4 do Libelo Acusatório, com a consequente extinção da punibilidade do Justificante, nos termos do art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836/72.

Por outro lado, votei com a douta maioria, ao rejeitar as demais preliminares suscitadas e, no mérito, declarar o Capitão ERIC não justificado e incompatível de permanecer no serviço ativo, determinando sua reforma, nos termos do art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836/72.

Consoante se observa dos autos, em 5 de fevereiro de 2013, após examinar as imputações constantes do Libelo Acusatório (fls. 595/598 - vol. 4), o Conselho de Justificação, por unanimidade de votos, julgou o Capitão ERIC FERREIRA BRAGA culpado das acusações que lhe foram feitas, tendo em vista o disposto no art. 2º, incisos I, alínea "b", e IV, da Lei 5.836/72, considerando-o *"incapaz de permanecer como Oficial da ativa da Força Aérea Brasileira"* (fls. 3.177/3.250).

O Comandante da Aeronáutica, por Despacho de fl. 3.256, homologou o julgamento do Conselho de Justificação e remeteu os autos a este Egrégio Tribunal Castrense, nos termos dos arts. 13, inciso V, e 14 da Lei n° 5.836/72.

A Defensoria Pública da União e a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestaram-se, respectivamente, às fls. 3318/3398 e 3441/3448.

Em 15 de maio de 2014, esta Corte, por unanimidade de votos, rejeitou a questão suscitada pela PGJM de revogação da Lei nº 5.836/72. Também por unanimidade, não conheceu dos pedidos realizados pela DPU de suspensão do feito e de nova oitiva do Justificante; e, por maioria de votos (com os quais convergi), deixou de considerar, como causa para a deflagração do presente Conselho de Justificação, o item nº 2.5 do Libelo Acusatório, relativo ao crime de desrespeito a superior cometido pelo Justificante, eis que declarada, pelo Juízo *a quo*, a prescrição da pretensão punitiva.

Já quanto às demais preliminares suscitadas, pedi vista dos presentes autos para melhor examiná-las.

Em relação à preliminar de prescrição das condutas constantes do Libelo Acusatório (itens 2.1 a 2.4), com fulcro no art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836/72, votei vencido, acompanhando o voto da Ministra-Revisora, ao acolher a tese defensiva.

Como se sabe, o Conselho de Justificação tem natureza administrativo-disciplinar e se desenvolve em duas fases complementares. Primeiro, deve haver o julgamento na Organização Militar. Se o oficial for julgado culpado, os autos devem ser encaminhados ao Superior Tribunal Militar, conforme o art. 13, inciso V, alínea "a", da Lei nº 5.836/72, para que se decida quanto à perda do posto ou patente ou sua reforma, em atendimento ao previsto no art. 142, inciso VI, da Constituição Federal.

No que se refere à prescrição, seu fundamento é a segurança jurídica, a paz social e a manutenção da ordem pública. Busca-se a prevalência de relações jurídicas mais estáveis, afastando-se situações de incerteza ocasionadas pela inércia do Poder Público em promover a devida responsabilização pelas violações a bens juridicamente tutelados. Nesse sentido, a prescrição surge como um instituto estabelecido em prol da estabilidade jurídica.

Portanto, as questões relacionadas à prescrição devem ser interpretadas de forma estrita, a fim de não se restringir direitos individuais além do que foi abrangido pelo princípio da legalidade. A regra é a prescritibilidade e não a imprescritibilidade. Para tanto, a Constituição Federal elencou as hipóteses de imprescritibilidade, e os Códigos, as hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição.

Por conseguinte, se um diploma legal, ao tratar sobre a prescrição, deixa de prever qualquer hipótese de mitigação da prescritibilidade, há de se entender que esse silêncio foi intencional, de modo que não compete ao intérprete, por meio da analogia, se utilizar de outro diploma legal para suprir lacuna inexistente.

No âmbito do Conselho de Justificação, a Lei nº 5.836/72 dispõe sobre a prescrição nos seguintes termos:

> *"Art. 18. Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.*
>
> *Parágrafo único. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos.".*

Observa-se, assim, que a referida Lei foi expressa ao impor o lapso prescricional de 6 (seis) anos, de modo que não há que se falar em lacuna no que toca à prescrição nos Conselhos de Justificação. O fato de não terem sido previstas causas de interrupção ou de suspensão deve ser interpretado de forma estrita, não podendo ser entendido como uma omissão do legislador, mas sim como um silêncio eloquente.

Por conseguinte, não há como se admitir a utilização do direito privado por analogia, tanto mais quando se observa que este apresenta institutos, princípios e regras próprios, bastante apartados da realidade que permeia o direito público, aqui representado pelo direito administrativo.

No caso em comento, as condutas irregulares imputadas ao Justificante se deram nos meses de julho de 2005, fevereiro e março de 2006 e novembro de 2007, datas essas que constituem os termos iniciais para a contagem do prazo prescricional.

Não se ignora que o Conselho de Justificação foi instaurado pelo Juízo *a quo* em 3 de novembro de 2009 (fl. 3). Porém, esse fato **não constitui causa de interrupção ou suspensão da prescrição**. Isso porque, como visto, a Lei nº 5.836/72, ao dispor sobre a prescrição no âmbito do Conselho de Justificação, **intencionalmente** deixou de prever a ocorrência de qualquer causa restritiva da natural prescritibilidade da ação.

Ora, não é dado ao intérprete utilizar-se da analogia para, na tentativa de suprimir lacuna inexistente, indevidamente restringir direitos individuais.

Assim, o aludido lapso prescricional de 6 (seis) anos não pode ser entendido como o prazo para a instauração do Conselho de Justificação. Na verdade, uma vez ocorrido o fato gerador, qual seja, o acontecimento passível de instauração de Conselho de Justificação, o prazo corre até completar o seu termo final de seis anos, não se suspendendo nem se interrompendo por qualquer motivo, nem mesmo pela instauração do Conselho.

Entender o contrário significaria restringir demasiadamente o instituto da prescrição, criando hipóteses de interrupção e suspensão não previstas pelo legislador, em flagrante prejuízo ao Justificante, o que seria de todo inaceitável.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao tratar sobre a impossibilidade de utilização da analogia *in malam partem* no direito administrativo sancionatório, que adoto como razões de decidir:

> *"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. CARGO OCUPADO SEM REMUNERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO PARA FIXAÇÃO DA MULTA. SALÁRIO MÍNIMO. CABIMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ANALOGIA* IN MALAM PARTEM. *IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *(...)*
>
> *5. Como se trata de aplicação de penalidades, é se utilizar de um princípio geral de direito, que cuida da vedação da analogia em desfavor do sancionado. No Direito Penal, ramo em*

que esta norma foi melhor trabalhada, distinguem-se dois subtipos de analogia: a analogia in malan partem e *a analogia* in bonan partem. *A primeira agrava a pena em pressupostas hipóteses não abrangidas pela lei. Já a segunda utiliza-se de situações semelhantes para solucionar o caso sem agravar a pena.*

6. Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada in malam partem*, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador.*

(...)

8. Recurso especial não provido." (STJ - Recurso Especial nº 1.216.190/RS; Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 2/12/2010. Publicado no DJe de 14/12/2010).

No caso ora em análise, nos termos do que dispõe o art. 18 da Lei nº 5.836/72, e em razão da impossibilidade de qualquer interrupção ou suspensão do referido prazo prescricional de seis anos, tem-se que:

- os fatos ocorridos em julho de 2005 prescreveram em julho de 2011;

- os fatos ocorridos em fevereiro e março de 2006 prescreveram, respectivamente, em fevereiro e março de 2012; e

- os fatos ocorridos em novembro de 2007 foram alcançados pela prescrição em novembro de 2013.

Dessa forma, entendi que deveria ser declarada a prescrição das condutas que ensejaram a instauração do presente Conselho de Justificação.

Por conseguinte, aliando-me ao voto da Ministra-Revisora, votei pelo acolhimento da preliminar defensiva, para declarar a prescrição das condutas descritas nos itens 2.1 a 2.4 do Libelo Acusatório, com a consequente extinção da punibilidade do Capitão da Aeronáutica ERIC FERREIRA BRAGA, nos termos do art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836/72.

Ainda de modo preliminar, a Defesa do Justificante pleiteou a declaração de nulidade do presente feito, em razão da ilegalidade da invocação do art. 2º, inciso I, alínea "b", da Lei nº 5.836/72 como fundamento para a instauração do Conselho de Justificação. Alegou, para tanto, que o Processo Administrativo do qual a Administração se valeu para imputar a prática de conduta irregular ao ora Justificante foi levado a

efeito mediante a violação de vários princípios e garantias constitucionais e legais, em especial a razoável duração do processo, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse ponto, votei, acompanhando os demais Ministros desta Corte, pela rejeição da preliminar defensiva.

Com efeito, não se está aqui perquirindo se os fatos utilizados como fundamento para a instauração do presente Conselho de Justificação devem ou não ser imputados ao Oficial. Na verdade, essa imputação já ocorreu, conforme Sindicância 005/2006-C-BAFZ (fl. 305 – vol. 3) e TCO nº 302/EIE/2006-C (fl. 39 – vol. 1).

Desse modo, não compete a esta Corte, em sede de Conselho de Justificação, analisar as condições em que se deu tal imputação, mas apenas verificar se o fato imputado implicou, ou não, mácula aos preceitos éticos insculpidos no Estatuto dos Militares e, por conseguinte, analisar se o Justificante tem condições de permanecer na Ativa.

Ademais, cumpre ressaltar que o Conselho de Justificação serve justamente para garantir que o Justificante possa se defender. Assim, caso não tenha havido a devida observância aos preceitos constitucionais ao longo do Processo Administrativo nº 67221.008044/2007-DV, ao Justificante é dado se defender, no presente feito, dos fatos ali apurados. Não por outro motivo, esta Corte anulou os primeiros atos do Conselho, a fim de possibilitar ao Justificante todas as devidas chances de defesa e contraditório.

Portanto, por entender que não há se falar em nulidade do presente feito em razão da ilegalidade da invocação do art. 2º, inciso I, alínea "b", da Lei nº 5.836/72 como fundamento para a instauração do Conselho de Justificação, votei pela rejeição da referida preliminar defensiva.

Em outra preliminar, a Defesa pleiteou o reconhecimento da nulidade do processo por cerceamento de defesa, haja vista a Administração não ter realizado qualquer diligência apta a providenciar o fornecimento da defesa técnica requerida pelo Justificante, em contrariedade ao contido no art. 9º, *caput*, da Lei nº 5.836/72 e no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

Nesse ponto, da mesma forma, votei, acompanhando os demais Ministros desta Corte, pela rejeição da preliminar.

Não se ignora que, na 1ª Sessão do Conselho de Justificação, o Justificante pleiteou que a Advocacia-Geral da União fosse oficiada a fim de que realizasse sua defesa técnica (fls. 2605/2606). Mas isso não significa que a Administração tenha se quedado inerte. O que se vê às fls. 2608 e 2612/2613 é que ela cumpriu seu papel, ou seja, buscou de várias maneiras verificar a possibilidade de a AGU indicar um de seus Advogados para exercer a defesa técnica do Justificante.

Ocorre que, apesar de ter tomado ciência dos requisitos necessários a sua representação pela AGU (fls. 2614/2618; 2628), o Justificante não tomou qualquer providência quanto à constituição de sua defesa técnica. Tanto é assim que, na Ata da 3ª Sessão do Conselho de Justificação – bem como em todas as Atas das Sessões públicas subsequentes –, consta que o Capitão ERIC compareceu "*desacompanhado de defensor técnico, apesar de orientado pelo Presidente e ter sido disponibilizado o tempo necessário para esta constituição*" (fls. 2667; 2853; 2931; 2963; 2973; 3022).

Cumpre ainda observar que, diante inércia do Justificante, o Conselho de Justificação chegou a nomear defensor dativo para exercer sua defesa durante a Sessão de qualificação e interrogatório (fl. 1729).

Conclui-se, assim, que a ausência de defesa técnica durante a fase administrativa decorreu de ato voluntário do Justificante, que optou pelos meios de defesa previstos na Lei nº 5.836/72.

Ressalte-se que, além de não haver qualquer lei que ordene a nomeação de defesa técnica nos feitos disciplinares, a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal estabelece que "*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição*".

Dessa forma, tem-se que, diversamente do que ocorre na esfera judiciária, o processo administrativo independe da figura do advogado constituído, sendo possível a autodefesa, o que não implica contrariedade ao contido no art. 9º, *caput*, da Lei nº 5.836/72, tampouco violação ao art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

Nesse sentido já decidiu esta Corte, *in verbis*:

> *"EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO* IN *CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DA MARINHA DECLARADO INCOMPATÍVEL. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. REITERADAS AUSÊNCIAS AO SERVIÇO. BAIXA PROFI-*

CIÊNCIA MORAL E PROFISSIONAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DA INFRINGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DA REFORMA DO EMBARGANTE. Se não há vedação expressa do art. 539 do CPPM para oposição de sucessivos embargos declaratórios, e se foi possibilitado ao embargante a interposição do agravo regimental, o qual foi oferecido juntamente com a oposição de nulidade e de infringência, tem-se por preservada a suspensão do prazo recursal, afastando-se a arguição de intempestividade sugerida pelo Custos Legis*, em nome do princípio da ampla defesa.* ***Defesa técnica que se fez ausente por ato voluntário do justificante, o qual optou pelos meios previstos na Lei nº 5.836/72. A inexistência de lei ordenando a nomeação de defensor dativo nos feitos disciplinares converge com o recente entendimento do STF, materializado na Súmula Vinculante nº 5, publicada no DOU de 16/05/2008.*** *Não se verifica a alegada nulidade na falta de intimação do justificante quanto à solução dada ao Conselho pelo Comandante da Marinha, se não existe previsão legal de interposição de recurso administrativo contra esse ato (art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72). É precluso o argumento da falta de enquadramento legal da conduta do justificante se os autos já se encontram nesta instância judiciária. Muito embora as acusações conduzam à conclusão de ter o Justificante incorrido nas violações dos preceitos éticos previstos nos incisos I, II, IV e XIX do art. 28 do Estatuto dos Militares, além de inobservar os princípios basilares das Forças Armadas, deixando, ainda, de cumprir com as obrigações impostas pelo dever militar (art. 31, incisos IV e V, da mesma lei), a sanção de perda do posto e da patente, imposta pelo Acórdão embargado, não atende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Mesmo considerado incompatível por este Egrégio Plenário, não se vislumbra correspondência da referida pena com as condutas perpetradas pelo embargante, as quais, apesar da gravidade, em face da violação do dever funcional, não refletiram negativamente no comportamento militar, a ponto de considerá-lo incompatível com a carreira militar. Ademais, a perda do posto e da patente, com base na incompatibilidade, mostra-se desproporcional aos fatos praticados, sendo suficiente a reforma do Oficial, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei nº 5.836/1972. Por unanimidade, rejeitados os embargos de nulidade e, por maioria, acolhidos parcialmente os embargos infringentes do julgado."* (Embargos nº 5-59.2005.7.00.0000/DF;

Relator o Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Julgado em 31/5/2011. Publicado no DJe de 12/8/2011). (grifo nosso).

Não por outro motivo, não é praxe nas organizações militares, nem em qualquer outro órgão da Administração Pública, a nomeação de defensor para acompanhar os inúmeros feitos disciplinares. Em regra, a iniciativa parte do próprio acusado, que constitui um advogado ou se vale das entidades assistenciais a fim de garantir sua defesa técnica.

Portanto, ante a desnecessidade de constituição de defesa técnica, aliada à inércia do Justificante, votei pela rejeição da preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, suscitada pela Defesa do Capitão da Aeronáutica ERIC FERREIRA BRAGA.

Ainda preliminarmente, a Defesa pleiteou a nulidade do processo por ofensa ao art. 51 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto do Militar) e ao art. 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/99, sob o argumento de que o Justificante não foi intimado a respeito da deliberação tomada (em sessão secreta) pelos membros do Conselho de Justificação, de modo que não teve sequer a oportunidade de interpor recurso ou pedido de reconsideração.

No entanto, acompanhando a douta maioria, entendi não assistir razão a essa tese defensiva.

Com efeito, observa-se da Lei nº 5.836/72 que o Conselho de Justificação é composto por duas fases complementares. Primeiro, deve haver o julgamento, na Organização Militar, pela Comissão nomeada pelo Comandante da Força a que se vincula o justificante. Nessa fase, a ampla defesa é assegurada pela concessão de cinco dias para que o justificante ofereça suas razões por escrito (art. 9º).

Na segunda fase, o processo é recebido pelo Comandante da Força, que, se entender cabível, homologa o resultado da deliberação do Conselho e encaminha os autos ao Superior Tribunal Militar (art. 13).

Uma vez que cabe exclusivamente a esta Corte, como órgão do Poder Judiciário, verdadeiramente *"julgar"* a capacidade de o oficial permanecer ou não na ativa, não há previsão legal de recurso contra a deliberação levada a efeito pela Comissão, tampouco contra o despacho do Comandante Militar que homologa a referida deliberação e determina a remessa dos autos ao STM. Portanto, não há que se falar que a ausência

de intimação do Justificante quanto a esses atos administrativos constitua causa de nulidade.

Ressalte-se que a Lei nº 6.880/80 (que dispõe sobre o Estatuto dos Militares) e a Lei nº 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) não se aplicam ao caso concreto, uma vez que existe Lei específica a disciplinar a matéria. Como se sabe, nos termos do que dispõe o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), "*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*".

Assim, o caso ora em apreço regula-se pela Lei específica do Conselho de Justificação, qual seja, a Lei nº 5.836/72, que, ao indicar ser o STM quem realmente julga o processo oriundo de Conselho de Justificação, deixou de prever qualquer recurso contra a deliberação do Conselho ou contra a homologação dessa deliberação.

Nesse sentido já decidiu esta Corte, *in verbis*:

> *"EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO* IN *CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DA MARINHA DECLARADO INCOMPATÍVEL. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. REITERADAS AUSÊNCIAS AO SERVIÇO. BAIXA PROFICIÊNCIA MORAL E PROFISSIONAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DA INFRINGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DA REFORMA DO EMBARGANTE. Se não há vedação expressa do art. 539 do CPPM para oposição de sucessivos embargos declaratórios, e se foi possibilitado ao embargante a interposição do agravo regimental, o qual foi oferecido juntamente com a oposição de nulidade e de infringência, tem-se por preservada a suspensão do prazo recursal, afastando-se a arguição de intempestividade sugerida pelo* Custos Legis*, em nome do princípio da ampla defesa. Defesa técnica que se fez ausente por ato voluntário do justificante, o qual optou pelos meios previstos na Lei nº 5.836/72. A inexistência de lei ordenando a nomeação de defensor dativo nos feitos disciplinares converge com o recente entendimento do STF, materializado na Súmula Vinculante nº 5, publicada no DOU de 16/05/2008.* ***Não se verifica a alegada nulidade na falta de intimação do justificante quanto à solução dada ao Conselho pelo Comandante da Marinha, se não existe previsão legal de interposição de recurso administrativo contra esse ato (art.***

***13, inciso V, da Lei nº 5.836/72)**. É precluso o argumento da falta de enquadramento legal da conduta do justificante se os autos já se encontram nesta instância judiciária. Muito embora as acusações conduzam à conclusão de ter o Justificante incorrido nas violações dos preceitos éticos previstos nos incisos I, II, IV e XIX do art. 28 do Estatuto dos Militares, além de inobservar os princípios basilares das Forças Armadas, deixando, ainda, de cumprir com as obrigações impostas pelo dever militar (art. 31, incisos IV e V, da mesma lei), a sanção de perda do posto e da patente, imposta pelo Acórdão embargado, não atende ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Mesmo considerado incompatível por este Egrégio Plenário, não se vislumbra correspondência da referida pena com as condutas perpetradas pelo embargante, as quais, apesar da gravidade, em face da violação do dever funcional, não refletiram negativamente no comportamento militar, a ponto de considerá-lo incompatível com a carreira militar. Ademais, a perda do posto e da patente, com base na incompatibilidade, mostra-se desproporcional aos fatos praticados, sendo suficiente a reforma do Oficial, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei nº 5.836/1972. Por unanimidade, rejeitados os embargos de nulidade e, por maioria, acolhidos parcialmente os embargos infringentes do julgado."* (Embargos nº 5-59.2005.7.00.0000/DF; Relator o Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Julgado em 31/5/2011. Publicado no DJe de 12/8/2011). (Grifo nosso).

Não é outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INOVAÇÃO NAS RAZÕES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. OFICIAL DA AERONÁUTICA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI 5.836/1972. ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, PELO COMANDANTE DA AERONÁUTICA, ANTES DA PUBLICAÇÃO DA SUA DECISÃO, AO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, PARA JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. I. O recorrente não pode, nesse momento processual, deduzir matéria estranha aos argumentos arrolados na inicial do mandado de segurança. II. ***O órgão competente para julgar o processo administrativo denominado Conselho de Justificação, no caso, é o Superior Tribunal Militar, conforme arts. 13, V, a, e 14 da***

> ***Lei 5.836/1972, não havendo previsão legal de recurso contra o despacho do Comandante da Aeronáutica que aceita o julgamento do Conselho de Justificação (comissão processante) e determina a remessa do processo àquela Corte Militar.*** *III.* ***O art. 15 da Lei 5.836/1972 garante ao oficial das Forças Armadas o direito à ampla defesa e ao contraditório antes do julgamento do processo administrativo (Conselho de Justificação) pelo Superior Tribunal Militar.*** *IV.* ***Não se aplica ao caso o Decreto 76.322/1975 tampouco as Leis 6.880/1980 e 9.784/1999, uma vez que a Lei 5.836/1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, é específica.*** *V. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento."* (STF - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.645/DF; Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Julgado em 22/4/2014. Publicado no DJe de 7/5/2014). (grifos nossos).

Por fim, há de se observar que a ausência de intimação e a consequente impossibilidade de interposição de recurso contra os supramencionados atos administrativos não implicam qualquer prejuízo ao Justificante. De fato, o art. 15 da Lei n º 5.836/72 determina que, após a distribuição do processo e antes de seu julgamento por esta Corte, seja aberto o prazo de 5 (cinco) dias para a Defesa se manifestar por escrito sobre a decisão do Conselho de Justificação. Portanto, de qualquer maneira, o julgamento é precedido pela ampla defesa e pelo contraditório. E foi exatamente isso o que ocorreu no presente caso, consoante se extrai das fls. 3266/3398 (vol. 16).

Dessa forma, ausente qualquer violação ao princípio do devido processo legal, votei pela rejeição da preliminar de nulidade por ofensa ao art. 51 da Lei nº 6.880/80 e ao art. 3º, inciso II, da Lei nº 9.784/99, suscitada pela Defesa do Justificante.

Em sua última preliminar, a Defesa pleiteou o reconhecimento da não recepção dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal de 1988 e a consequente declaração de nulidade de todos os atos do presente Conselho de Justificação, desde a realização da sessão secreta de deliberação. Para tanto, argumentou que os referidos dispositivos, ao impedirem a presença do Justificante e de seu Defensor na Sessão de Deliberação do Conselho de Justificação, são incompatíveis com os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos processuais e dos julgamentos.

Nesse ponto, da mesma maneira, acompanhei a douta maioria ao rejeitar a preliminar defensiva.

Quanto ao tema, tenho me posicionado que os mencionados artigos, ao se referirem à realização de "*sessão secreta*" para deliberação de relatório, não violam dispositivos e princípios constitucionais.

A Lei n° 5.836/1972, ao tratar do Conselho de Justificação, prevê em seu art. 9°, §1°, o seguinte:

> *"Art. 9º Ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.*
>
> *§ 1º O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação,* ***exceto à sessão secreta de deliberação do relatório****."* (grifo nosso).

E acrescenta em seu art. 12, *caput*:

> *"Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar,* ***em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido****.*
>
> *(...)."* (grifo nosso).

Como se sabe, o Conselho de Justificação realiza um aconselhamento ao Comandante. Os dispositivos citados mencionam "*deliberação de relatório*" e "*relatório a ser redigido*", o que considero ser muito diferente de "*julgamento*".

Embora o vocábulo "*deliberar*", constante do dispositivo atacado, possua várias acepções – conforme se verifica dos dicionários "Houaiss" e "Aurélio" –, deve-se buscar a definição que melhor se ajuste ao contexto empregado, levando-se em consideração, inclusive, a época em que foi formulada a Lei do Conselho de Justificação, ou seja, o ano de 1972.

In casu, conforme se verifica do citado dispositivo, estamos tratando de *"deliberação de relatório"*, pelo que se apresenta mais adequado o sentido de "*discutir, examinar*" e não o de "*julgar*", já que, como se sabe, são julgados fatos, e não o relatório.

Frise-se que o "*relatório deliberado*" pelo Conselho de Justificação não possui natureza decisória, não produz quaisquer efeitos jurídicos, muito menos vincula a manifestação do Comandante da Força, que pode,

inclusive, discordar integralmente do citado documento. Nesse particular, tendo o Conselho de Justificação natureza híbrida, mesmo a manifestação do Comandante da Força pode não gerar maiores efeitos jurídicos, pois cabe exclusivamente a esta Corte, como órgão do Poder Judiciário, verdadeiramente "*julgar*" a capacidade de o oficial permanecer ou não na ativa, aplicando-lhe, se assim decidir, a sanção prevista no art. 142, §3°, inciso VI, da Constituição Federal, *in verbis*:

> *"VI - O oficial só perderá o posto e a patente se for **julgado** indigno ou com ele incompatível, por decisão de **Tribunal militar** de caráter permanente, em tempo de paz, ou de Tribunal especial, em tempo de guerra."* (grifos nossos).

Portanto, não há que se falar em "*julgamento secreto*", haja vista que, naquele momento, existiu apenas uma reunião, de fato reservada, para que os membros do Conselho de Justificação deliberassem o relatório que, frise-se, embora possa considerá-lo "culpado", não importa em sanção ao Oficial.

Na verdade, tomando como base a Justiça Militar da União, o citado relatório mais se assemelharia a uma manifestação ministerial do que a uma decisão propriamente dita, apresentando natureza de parecer destinado à análise da autoridade superior.

Vale lembrar que semelhante procedimento pode ser observado na Lei n° 8.112/90 – que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais – em seus arts. 165 e 166:

> *"Art. 165. Apreciada a defesa, **a comissão elaborará relatório minucioso**, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.*
>
> *§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.*
>
> *§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.*
>
> *Art. 166. **O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento**."* (grifos nossos).

Com efeito, é nítida a similaridade entre os referidos procedimentos, diferindo, no entanto, pelo fato de a Lei n° 5.836/72 acrescentar que os membros, para deliberarem sobre o relatório, se reunirão em "*sessão secreta*".

Embora a Lei n° 5.836/72 empregue o vocábulo "*secreta*" para qualificar a sessão, parece-me que o legislador pretendeu muito mais resguardar a dignidade do Justificante – consoante previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal – do que propriamente restringir seus direitos constitucionais, pois a divulgação precipitada de uma deliberação preparatória do Conselho de Justificação, embora não interfira na carreira militar, poderá, se for alardeada por toda a OM, operar reflexos extremamente negativos à hierarquia e à disciplina, mormente em relação aos seus subordinados, que poderão firmar errôneo entendimento quanto à culpabilidade do Justificante, ferindo de morte sua intimidade, sua honra e sua imagem.

Ademais, mesmo que não se concorde com o termo "*secreto*", empregado nos dispositivos atacados, a melhor solução não seria declará-los revogados, mas sim dar-lhes uma interpretação conforme a Constituição para entendê-los dotados de um sigilo indispensável à elaboração daquele relatório, mantendo-se, assim, o resguardo à dignidade do Justificante.

Nesse sentido, reforço o caráter garantidor da citada Lei quando possibilita ao justificante, em toda a fase instrutória, juntar os mais variados tipos de prova, concedendo-lhe diversas oportunidades para se manifestar em sua defesa. Aliado a isso, é importante pontuar que, mesmo após o término dessa fase administrativa castrense, o justificante tem nova oportunidade de se defender, agora perante o Poder Judiciário.

Diante disso, não vislumbro prejuízo material a este ou a qualquer outro justificante (postulado do *pas de nullité sans grief*), pois, naquela sessão de deliberação, não há espaço para intervenção da Defesa, uma vez que a fase instrutória já se encerrou. Ademais, embora a Lei n° 8.112/90 não confira explicitamente sigilo à sessão de "*elaboração do relatório*", não há dúvida de que esse documento será confeccionado reservadamente, sem ingerência do sindicado, de seu advogado ou de terceiros estranhos ao procedimento.

Aliás, em qualquer Juízo, seja estadual ou federal, comum ou militar, formado por um colegiado ou não, a elaboração do relatório ou do

decisum não se faz na presença do acusado ou de seu patrono, razão pela qual entendo inócua a discussão *sub examine*, mormente pelo fato de que a Lei atacada garante, em diversas oportunidades, tanto o contraditório quanto a ampla defesa, além de resguardar, como já dito, a dignidade do justificante.

Não obstante, ainda que se entenda como uma "*sessão de julgamento*", oportuno salientar que, embora a regra seja a da publicidade, admitem-se exceções.

Nessa esteira, recentemente foi aprovada a Lei n° 12.694, de 24 de julho de 2012, que, dentre outros temas, tratou "*sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de* ***crimes praticados por organizações criminosas***", assim dispondo em seu art. 1°, § 4°:

> *"Art. 1º Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente:*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º* ***As reuniões poderão ser sigilosas*** *sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial."* (grifo nosso).

Embora a referida lei não afirme explicitamente, subentende-se que a deliberação da sentença seja feita pelo colegiado de forma **sigilosa**, haja vista que a *mens legis* destina-se a resguardar a autoridade judiciária.

Tanto é verdade que o art. 1°, § 6°, da citada lei assim disciplina:

> *"§ 6º As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes,* ***serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro****."* (grifo nosso).

Ora, não haveria necessidade desse dispositivo se a decisão do colegiado fosse tomada em público, tendo o acusado, ou seu defensor, ciência de quem votou pela sua condenação.

Assim como a Lei n° 12.694/12 buscou preservar a autoridade judiciária, a Lei n° 5.836/72, que instituiu o Conselho de Justificação, o fez em relação ao justificante, protegendo-o da divulgação antecipada de um relatório preliminar, cujos reflexos podem ser extremamente danosos à hierarquia e à disciplina, mormente em relação ao oficial que, posteri-

ormente, poderá ser justificado por esta Corte e determinado o seu retorno ao exercício regular de suas funções.

Entendo ainda pertinente reforçar que não devemos tomar aversão absoluta pela palavra "*secreta*", pois nem tudo que é secreto é ilegal, haja vista ainda a recente Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), que traz em seu bojo menção a diversas situações, informações e documentos que serão classificados com tal sigilo, sem, contudo, encontrar-se inquinada de qualquer inconstitucionalidade.

Dessa forma, não entendo razoável, nem mesmo cabível, com a devida vênia, a revogação dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72, tampouco a anulação da sessão deliberatória do Conselho de Justificação, e por isto votei pela rejeição da preliminar de não recepção dos referidos dispositivos legais, suscitada pela Defesa do Justificante.

Ante a tudo que foi o exposto, votei vencido, acompanhando o voto da Ministra-Revisora, ao acolher a preliminar suscitada pela Defesa do Capitão da Aeronáutica ERIC FERREIRA BRAGA, para declarar a prescrição das condutas descritas nos itens 2.1 a 2.4 do Libelo Acusatório, com a consequente extinção da punibilidade do Justificante, nos termos do art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836/72.

Por outro lado, votei com a douta maioria, ao rejeitar as demais preliminares suscitadas e, no mérito, declarar o Capitão ERIC não justificado e incompatível de permanecer no serviço ativo, determinando sua reforma, nos termos do art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836/72.

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, 11 de setembro de 2014.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO
CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (2) Nº 4-98.2010.7.00.0000-DF

Votei vencido, divergindo de meus eminentes pares, uma vez que, preliminarmente, acompanhava o voto da Exma. Sra. Ministra-

Revisora, que acolhia a preliminar defensiva, para declarar a prescrição das condutas descritas nos itens 2.1 a 2.4 do Libelo Acusatório.

No mérito, acompanhava a Ministra-Revisora e considerava o Réu justificado quanto aos itens 2.1, 2.2. e 2.4 do Libelo Acusatório e votava com o Ministro-Relator, considerando o Réu não justificado quanto ao item 2.3 da peça acusatória; por conseguinte, declarava-o incompatível de permanecer no serviço ativo, pelo que determinava sua reforma, nos termos do art. 16, inciso II, § 1°, da Lei n° 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO SUSCITADA PELA DEFESA.

Na matéria preliminar de prescrição suscitada pela Defesa, ressaltava que a Lei n° 5.836, de 5 de dezembro de 1972 (Lei do Conselho de Justificação), traz regra sobre prescrição apenas no art. 18. Enfatize-se que não há qualquer menção à causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

O comando do art. 18 apenas estabelece que prescrevem em 6 (seis) anos, computados da data em que foram praticados, os casos previstos na Lei do Conselho de Justificação.

Como bem salientou a nobre Ministra em seu voto vencido, *in verbis*:

> *"(...) nessa linha, entendendo que as sanções aplicadas no âmbito do Conselho de Justificação em 1ª instância detêm natureza administrativa, os fatos imputados ao justificante na peça acusatória já quedariam prescritos, se a lei fosse silente.*
>
> *Porém, não havendo lacuna quanto ao prazo prescricional na Lei n° 5.836/72, e sendo omissa a norma somente quanto a uma possível interrupção da prescrição, qualquer criação nesse sentido revelaria evidente afronta às garantias constitucionais, em especial ao princípio da retroação mais benéfica (art. 5°, XL, CF/88)".*

No mesmo sentido, a percuciente declaração de voto do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, *in verbis:*

> *"(...)*
>
> *No que se refere à prescrição, seu fundamento é a segurança jurídica, a paz social e a manutenção da ordem pública. Busca-se a prevalência de relações jurídicas mais estáveis, afas-*

tando-se situações de incerteza ocasionadas pela inércia do Poder Público em promover a devida responsabilização pelas violações a bens juridicamente tutelados. Nesse sentido, a prescrição surge como um instituto estabelecido em prol da estabilidade jurídica.

Portanto, as questões relacionadas à prescrição devem ser interpretadas de forma estrita, a fim de não se restringir direitos individuais além do que foi abrangido pelo princípio da legalidade. A regra é a prescritibilidade e não a imprescritibilidade. Para tanto, a Constituição Federal elencou as hipóteses de imprescritibilidade e, os Códigos, as hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição.

Por conseguinte, se um diploma legal, ao tratar sobre a prescrição, deixa de prever qualquer hipótese de mitigação da prescritibilidade, há de ser entender que esse silêncio foi intencional, de modo que não compete ao intérprete, por meio de analogia, se utilizar de outro diploma legal para suprir lacuna inexistente.

(...)

Observa-se, assim, que a referida Lei foi expressa ao impor o lapso prescricional de 6 (seis) anos, de modo que não há que se falar em lacuna no que toca à prescrição nos Conselhos de Justificação. O fato de não terem sido previstas causas de interrupção ou de suspensão deve ser interpretado de forma estrita, não podendo ser entendido como uma omissão do legislador, mas sim como um silêncio eloquente.

(...)

Assim, o aludido lapso prescricional de 6 (seis) anos não pode ser entendido como o prazo para a instauração do Conselho de Justificação. Na verdade, uma vez ocorrido o fato gerador, qual seja, o acontecimento passível de instauração de Conselho de Justificação, o prazo corre até completar o seu termo final de seis anos, não se suspendendo nem se interrompendo por qualquer motivo, nem mesmo pela instauração do Conselho.

Entender o contrário significaria restringir demasiadamente o instituto da prescrição, criando hipóteses de interrupção e suspensão não previstas pelo legislador, em flagrante prejuízo ao Justificante, o que seria de todo inaceitável.".

Assim, no caso *sub oculis*, aplicava o entendimento da Ministra-Revisora, do qual compartilhava convicto, principalmente, pelo fato da legislação que trata do Conselho de Justificação não prever causas interruptivas ou suspensivas da prescrição.

Dessa forma, concluía que o prazo de 6 (seis) anos fluiu para todos os fatos descritos no Libelo Acusatório (2005, 2006 e 2007), razão pela qual declarava a prescrição das condutas que ensejaram a instauração do Conselho de Justificação.

MÉRITO

Julgadas as preliminares pela Corte, no mérito, acompanhava a Ministra-Revisora e considerava o Cap Aer Eric Ferreira Braga justificado em relação aos itens 2.1, 2.2 e 2.4.

Ladeava o entendimento do Ministro-Relator para considerar o Réu não justificado, declarando-o incompatível de permanecer no serviço ativo e reformando-o, nos termos do disposto do art. 16, inciso II, § 1°, da Lei n° 5.836, de 5 de dezembro de 1972. No entanto, enfatize-se que meu voto declarava a não justificação do Acusado tão somente em relação ao item 2.3 do Libelo Acusatório.

Passa-se à análise da parte em que restei vencido, ou seja, na justificação do Cap Aer Eric Ferreira Braga em relação aos itens 2.1, 2.2 e 2.4 da peça acusatória.

No tocante ao item 2.1, atinente ao suposto desvio de energia elétrica, é certo que o fato foi investigado em Sindicância, que isentou o Acusado de culpa. Assim, como considerá-lo indigno ou incompatível para com o oficialato por fato julgado irrelevante ou até inexistente, em procedimento administrativo interno? Incoerente e injusto.

No que atine ao item 2.2 e ao item 2.4, a busca da resolução de conflitos pelo Poder Judiciário não deve ser interpretada como passível de declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato. Isso porque o livre direito de petição aos Poderes Públicos é garantia prevista no art. 5°, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988, ainda que os motivos não sejam considerados relevantes.

Declarar um oficial das Forças Armadas indigno ou incompatível para com o oficialato por tais razões seria punir pelo simples exercício de garantia constitucional.

Ante o exposto, acompanhava o voto da Ministra-Revisora e declarava o Cap Aer Eric Ferreira Braga justificado tão somente em relação aos itens 2.1, 2.2 e 2.4 do Libelo.

Superior Tribunal Militar, 11 de setembro de 2014.

Dr. José Barroso Filho
Ministro do STM

Embargos

EMBARGOS Nº 2-73.2003.7.03.0103-RS

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

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

Embargantes – Oberdan Schiefelbein, Ten Cel Ex, e Mario Steffen, Civil.

Embargado – O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 5/3/2013, lavrado nos autos da Apelação nº 2-73.2003.7.03.0103.

Advogados – Drs. Fabrício Touguinha de Castro, Rene de Oliveira Gomes, Carlos Aurélio Militão Dubal e Vanessa Dariano Machemer.

EMENTA

EMBARGOS. CONDENAÇÃO NA INSTÂNCIA RECURSAL. ESTELIONATO. AGRAVAÇÃO DE PENA. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS. RECEBIMENTO DE MATERIAL DE SUPRIMENTO. QUANTIDADE E QUALIDADE INFERIORES AO LICITADO. PRELIMINAR DEFENSIVA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO DA DENÚNCIA COM O ACÓRDÃO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA EM SEDE DE RECURSO. TESE DEFENSIVA DA ATIPICIDADE DA CONDUTA COM BASE EM DECISÃO DO TCU CONCLUSIVA PELA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. Não se aplicam à presente hipótese os entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal (Súmulas nº 453 e

523), tendo em vista este Plenário ter dado nova definição ao fato sem modificar a descrição da conduta contida na denúncia, assim como requerido pelo Ministério Público desde as alegações escritas. Tem-se aqui a previsão processual da emendatio libelli*, perfeitamente admitida no ordenamento processual penal castrense, conforme dispositivo citado. Ausência do alegado prejuízo, pois os embargantes se defenderam a todo tempo dos fatos narrados na denúncia e a modificação da capitulação atendeu ao disposto no artigo 437, alínea "a", do CPPM. Evidenciado o dolo dos embargantes de causar prejuízo à Administração Militar, no valor de R$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), conforme apurado em laudo contábil e nota de lançamento, atestando o recebimento de mercadoria que não entrava nos depósitos de suprimentos da OM. A conclusão emanada pelo Tribunal de Contas da União não tem o condão de vincular a instância judiciária, ainda mais quando não afasta, em definitivo, a hipótese de ausência de prejuízo ao Erário em relação a outros produtos adquiridos por meio da empresa de um dos embargantes. Precedentes do STF (AP 565, de 8/8/2013, Tribunal Pleno). Atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação das penas acima do mínimo legal em face da intensidade do dolo e repercussão negativa no seio da tropa. Afastada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. No mérito, rejeitados os embargos defensivos. Decisão majoritária.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade arguida pelos Embargantes. **No mérito, por maioria**, rejeitou os Embargos opostos pela Defesa, para manter irretocável o Acórdão recorrido. O Ministro Olympio Pereira da Silva Junior (Revisor) acolhia os Embargos, para reformar o Acórdão e fazer prevalecer o voto vencido da lavra do Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, proferido na Apelação nº 2-73.2003.7.03.0103. O Revisor fará voto vencido. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, William de Oliveira Barros, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius

Oliveira dos Santos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, José Coêlho Ferreira e Luis Carlos Gomes Mattos. (Extrato da Ata da 100ª Sessão, 16/12/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes opostos pelas Defesas do Ten Cel Ex OBERDAN SCHIEFELBEIN e do Civil MARIO STEFFEN contra o Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 5 de março de 2013, lavrado nos autos da Apelação nº 2-73.2003.7.03.0103, o qual proveu o recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, para condená-los, respectivamente, à pena de 5 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, como incurso no artigo 251, § 3º, c/c o artigo 53, § 2º, inciso II, ambos do CPM, e à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, como incurso no artigo 251 do citado *Codex*, fixando para ambos os apelados o regime prisional semiaberto para o início do seu cumprimento, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal comum.

Os Embargantes foram denunciados por várias irregularidades ocorridas no âmbito do 3º Batalhão de Suprimentos. Segundo restou apurado no inquérito policial militar, a dinâmica dos fatos consistia em lançamentos ideologicamente falsos nas notas fiscais, referentes às mercadorias adquiridas pela referida Organização Militar, atestando a totalidade do recebimento desses produtos, o que não correspondia com a verdade, pois ora era entregue parcialmente, ora sequer chegavam aos depósitos do 3º BSup. Outra forma apontada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR de ludibriar a Administração era a declaração firmada pelos integrantes da OM de recebimento de produtos em qualidade inferior ao que havia sido licitado. Para tanto, os embargantes contavam com o indispensável apoio de integrantes do Laboratório de Inspeção de Alimentos e Bromatologia – LIAB, setor responsável pela análise do quantitativo e do qualitativo dos produtos adquiridos pela Organização Militar. Uma vez recebidas as mercadorias, a Seção de Suprimento Classe 1, após o aval do LIAB, remetia a respectiva nota fiscal ao Chefe do Centro de Operações e Suprimentos – COS, no caso, o Ten Cel OBERDAN, o qual atestava falsamente o recebimento no seu verso e providenciava o lançamento no Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI, gerando para a Administração Militar a obrigação do pagamento indevido em favor da empresa INTERSUL Alimentos, cujo responsável era o segundo embargante, o civil MARIO STEFFEN.

Por esses fatos, foram os embargantes Ten Cel OBERDAN e o civil MARIO STEFFEN denunciados como incursos no artigo 312, c/c o artigo 53 do CPM, incidindo, para o primeiro, a agravante por promover e organizar a atividade dos demais envolvidos (artigo 53, § 2º, inciso I, do CPM). Os Embargantes, também, foram denunciados como incursos no artigo 303, § 1º, do CPM, por apropriação de dinheiro público, valendo-se da falsidade engendrada. Outros militares foram igualmente denunciados como incursos nos artigos ora citados.

Para facilitar a análise da diversidade de fatos praticados pelos embargantes, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR dividiu os fatos em grupos, na conformidade da apresentação das notas de empenho, conforme se verifica das tabelas abaixo elencadas:

FATO 1 – Ano 1999 [107]

Empenho nº	Valor R$	Alimento solicitado	Nota Fiscal	Data de recebimento atestada pelos réus	Data de pagamento por ordem bancária	Atestado do LIAB (Laboratório de Inspeção de Alimentos) Laudos fiscais
99 NE 000140	162.000,00	200.000 Kg de arroz polido tipo II	630 a 637	19/4/99	12/5/99 OB 00243	nº 63/99 e 54/99 atestou a entrega em 21/7/99 e 6/8/99 de 49.200 Kg

FATO 2 – Ano 1999

Empenho nº	Valor R$	Alimento solicitado	Nota Fiscal	Data de recebimento atestada pelos réus	Data de pagamento por ordem bancária	Atestado do LIAB (Laboratório de Inspeção de Alimentos) Laudos fiscais
99 NE 000175	55.000,00	25.000 Kg de creme vegetal	666	3/6/99	10/5/99 OB 00230	nº 55/99 atestou a entrega em 12/8/99 de 3.700 Kg

FATO 3 – Ano 1999

Empenho nº	Valor R$	Alimento solicitado	Nota Fiscal	Data de recebimento atestada pelos réus	Data de pagamento por ordem bancária	Atestado do LIAB (Laboratório de Inspeção de Alimentos) Laudos fiscais
99 NE 000197	63.841,30	7.771 kg de creme vegetal e 57.710 kg de arroz polido tipo II	743 e 744	11/5/99	18/5/99 OB 00267	não possui laudo fiscal de recebimento

[107] O quadro foi elaborado pela Relatora da Apelação, o qual reproduzo para melhor visualização. Valores conferidos no processo com as notas fiscais e atestados do LIAB.

FATO 4 – Ano 2000

Empenho nº	Valor R$	Alimento solicitado	Nota Fiscal	Data de recebimen-to atestada pelos réus	Data de pagamento por ordem bancária	Atestado do LIAB (Laboratório de Inspeção de Alimentos) Laudos fiscais
2000 NE 000383	52.820,00	69.500 kg de açúcar refinado	179 e 191	18/10/2000	19/11/2000 OB 000639	não possui laudo fiscal de recebi-mento
2000 NE 000383	45.716,00	84.660 kg de arroz polido tipo II	181 e 193	18/10/2000	19/11/2000 OB 000639	nº 119/00 atestou a entrega em 30/10/00 de 18.000 Kg e mais três carregamen-tos totalizando 61.000 kg
2000 NE 000383	19.965,00	36.300 kg de arroz polido tipo I	180 e 192	18/10/00	19/11/2000 OB 000639	24.00 kg
2000 NE 000383	238.362,00	39.140 kg de leite em pó	194 e 182	16/10/00	19/11/2000 OB 000639	atestou a entrega em 24/11/00 e 01/12/00, totalizando 22.740 kg
2000 NE 000383	357.021,25	112.625 kg de carne bovina	197 e 186	13/10/00 e 25/10/00	01/11/00 OB 000637	atestou a entrega em 30/11/00 e 21/12/00, totalizando 48.809 kg
2000 NE 000383	50.546,70	26.055 kg de peito de frango	190 e 188	25/10/00	20/11/00 OB 000656	atestou a entrega em 1/12/00, totalizando 12.002 kg
2000 NE 000383	71.466,30	41.310 kg de coxa e sobrecoxa de frango (vol 6, p. 1125). **Obs.: Denúncia constou 42.310 Kg - erro material.**	198 e 187	25/10/00	OB 000656, de 20/11/00 (vol 6, fl. 1137).	atestou a entrega em 17/11/00 e em 1/12/00, totalizando 28.002 kg
2000 NE 000383	32.786,88	22.340 kg de creme vegetal	183 e 195	16/10/00	OB 000638	atestou a entrega em 28/11/00, totalizando 14.268 kg
2000 NE 000383	62.356,20	13.950 kg de café	189 e 200	25/10/00	20/11/00 OB 000656	nº 150/00 atestou a entrega em 1/12/00, totali-zando 8.000 kg
2000 NE 000383	4.550,40	2.880 kg de aveia	190	25/10/00	OB 000656, de 20/11/00 (vol 6, p. 1136).	não possui laudo fiscal de recebi-mento

FATO 5 – Ano 2001

Empe-nho nº	Valor R$	Alimento solicitado	Nota Fiscal	Data de recebimen-to atestada pelos réus	Data de pagamento por ordem bancária	Atestado do LIAB (Laboratório de Inspeção de Alimentos) Laudos fiscais
2001 NE 000020	92.040,00	118.000 kg de açúcar refinado	382 (vol.6, fl. 1203)	6/3/01	15/3/01 OB 000081	nº 001/01, de 3/4/01, atestou o carregamento de 54.000 kg; 006/01, de 4/4/01, atestou o recebimento de 27.000 kg e 009/01, de 14/3/01, atestou a entrega de 27.000 kg , totalizando 108.000 kg entre-gues
2001 NE 000020	93.516,15	43.095 Kg de coxa e sobrecoxa de frango	383	6/3/01	15/3/01 OB 000081	em 15/3/01 atestou a entrega de 15.585 kg
2001 NE 000020	89.406,40	25.840 kg de carne suína	384	6/3/01	15/3/01 OB 000081	nº 24/01 atestou a entrega em 11/5/01 e 25/7/01 integrali-zando a totalidade da mercadoria adquirida e paga **data posterior.** (vol. 6, fl. 1202)
2001 NE 000020	33.761,04	23.944 Kg de creme vegetal	385	6/3/01	15/3/01 OB 000081	não possui laudo fiscal de recebimen-to
2001 NE 000020	39.740,22	35.802 litros de óleo vegetal	386	6/3/01	15/3/01 OB 000081	nº 020 atestou a entrega de 10.602 lt, e nº 021 atestou a entrega de 12.600 lt, ambas em 9/5/01, totalizando 23.202 lt de óleo vegetal entregues.
2001 NE 000020	10.540,80 (vol. 6, fl. 1199)	9.760 kg de macarrão com ovos	387	6/3/01	15/3/01 OB 000081	atestou a entrega em 9/4/01 integralizan-do a totalidade da mercadoria adquiri-da e paga **data posterior**
2001 NE 000020	118.544,40	26.820 kg de café torrado	388	6/3/01	15/3/01 OB 000081	20.730 kg
2001 NE 000020	3.828,00	2.320 kg de aveia	389	6/3/01	15/3/01 OB 000081	nº 029 atestou a entrega em 28/5/01 integralizando a totalidade da mercadoria adquiri-da e paga **data posterior** (vol 6, fl. 1197)

FATO 6 – Ano 2001

Empe-nho nº	Valor R$	Alimento solicitado	Nota Fiscal	Data de recebimen-to atestada pelos réus	Data de pagamento por ordem bancária	Atestado do LIAB (Laboratório de Inspeção de Alimentos) Laudos fiscais
2001 NE 000063	151.740,00	202.320 Kg de arroz	425, 426, 434, 459, 460, 485, 487, 488	23/3/01 a 30/3/01	OB 000124, OB 0000126, de 29/3/01; OB 000125 e OB 000141	nos 008, de 4/4/01, 012, de 9/4/01, 033, de 5/6/01, 043, de 28/6/01, 044, de 3/7/01, 052, de 25/7/01, 053, de 27/7/01 e 082, de 18/10/01, atestaram a entrega de 187.320 kg
2001 NE 000063	120.121,80	146.490 kg de feijão preto	441, 462, 461, 489, 428 e 429	23/3/01 a 30/3/01	OB 000124, OB 000125, OB 000126, de 29/3/01 e OB 000141, de 4/4/01	nos 047, de 19/7/01, 046, de 5/7/01, 081, de 17/10/01 (recusado), 075, de 10/10/01, 049, de 20/7/01 e 048, de 19/7/01, atesta-ram a entrega de 68.000 kg
2001 NE 000063	5.788,50	11.350 kg de farinha de mandio-ca	427	28/3/01	29/3/01 OB 000124	nº 030, de 31/5/01, atestou a entrega da totalidade da mercadoria adquirida e paga **data anterior**
2001 NE 000063	446.318,40	69.520 kg de leite em pó	430, 437, 463 e 490	23/3/01 a 30/3/01	OB 000124, OB 000126, OB 000125, de 29/3/01 e OB 000141, de 4/4/01	nos 035, de 11/6/01, 042, de 25/6/01 e 063, de 24/9/01, atestaram a entrega de 63.060 kg
2001 NE 000063	669.164,00	193.400 kg de carne bovina	431, 432, 438, 439, 465, 464, 491, 492 e 493	23/3/01, 26/3/01 e 30/1/01	OB 000124, OB 000126, OB 000125, de 29/3/01 e OB 000141, de 4/4/01	nos 070, de 25/9/01, 058, de 1/8/01, 057, de 27/7/01, 041, de 25/6/01, 028, de 24/5/01, 013, de 11/4/01 e 004, de 29/3/01, atestaram a entrega de 153.866,67 kg
2001 NE 000063	226.268,00	69.030 Kg de peito de frango	433, 440, 466, 494 e 495	23/3/01, 26/3/01 e 30/1/01	OB 000124, OB 000126, OB 000127, de 29/3/01 e OB 000141, de 4/4/01	nos 065, de 24/9/01, 059, de 1/8/01, 031, de 4/6/01 e 018, de 2/5/01, atestaram a entrega de 51.870 kg

Outros empenhos

Ano 1999

Empenho nº	Valor R$	Alimento solicitado	Nota Fiscal	Data de recebimento atestada pelos réus	Data de pagamento por ordem bancária	Atestado do LIAB (Laboratório de Inspeção de Alimentos) Laudos fiscais
99 NE 000089	93.366,00	32.063 kg de carne bovina desossada	619 e 628 (fls. 974 e 975, vol 5)	31/3/99, 8/4/99 e 9/4/99	OB 00224, de 3/5/99 (fl. 978, vol 5)	Nº 017/99, de 9/4/99, atestou a entrega de 12.057 kg
99 NE 000148 (fl. 998, vol 5)	11.000,00	5.000 kg de creme vegetal	733 (fl. 999, vol 5)	10/5/99	OB 00268, de 18/5/99 (fl. 1001, vol 5)	não possui laudo fiscal de recebimento

Em 1999, 2000 e 2001 a INTERSUL Alimentos ganhou todas as licitações.

Transcorrido o curso normal do processo, em alegações escritas, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, em 2 de dezembro de 2009, pugnou pela desclassificação das condutas de peculato (CPM, artigo 303) e falsidade ideológica (CPM, artigo 312) para o crime previsto no artigo 251 do CPM, salientando a ausência de prejuízo à Defesa, tendo em vista o réu se defender dos fatos narrados na inicial e não da sua capitulação jurídica (volume 24 – fls. 5.152/5.229).

Em 14 de maio de 2010, o Conselho Especial de Justiça para o Exército, à unanimidade de votos, julgou improcedente a denúncia, para absolver os Embargantes do crime de peculato, com fulcro na alínea "b" do artigo 439 do CPPM, e do crime de estelionato, com fundamento nas alíneas "b" e "e" do mencionado dispositivo processual penal castrense. Na sequência, condenou o Ten Cel OBERDAN SCHIEFELBEIN à pena de 1 ano e 3 meses de prisão, como incurso no artigo 312 do CPM, assegurando-lhe o direito de apelar em liberdade, o benefício do *sursis* e o regime aberto para o início do cumprimento da pena (vol. 26 – fls. 5.723/5.738).

Apreciando os recursos interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, no tocante à absolvição dos embargantes, e do Ten Cel OBERDAN, em relação à condenação pelo crime capitulado no artigo 312 do CPM, o Superior Tribunal Militar, em 5 de março de 2013, à unanimidade, acolheu a preliminar defensiva, para declarar a extinção da punibilidade do crime previsto no artigo 312 do CPM, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na forma do artigo 123, inciso IV, e artigo 125,

inciso VI, e § 1º, ambos do CPM. Após rejeitar outras preliminares arguidas pela Defesa, no mérito, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto da Ministra-Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, deu provimento parcial ao recurso ministerial, para reformar a Sentença hostilizada e condenar o Ten Cel Ex OBERDAN SCHIEFELBEIN à pena de 5 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, como incurso no artigo 251, § 3º, c/c o artigo 53, § 2º, inciso II, ambos do CPM, e o Civil MARIO STFFEN à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, como incurso no artigo 251 do citado Código, fixando para ambos o regime semiaberto para o início do seu cumprimento, na forma do artigo 33, § 2º, alínea "b", do CP comum (vol. 27 – fls. 6.030/6.091).

Os Ministros Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS (Revisor), Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA negavam provimento ao apelo ministerial e mantinham inalterada a Sentença (vol. 27 – fls. 6.092/6.098).

Consta do Acórdão embargado a seguinte ementa, *in verbis*:

> *"RECURSO DEFENSIVO. PREJUDICADO. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. RECURSO MINISTERIAL. ESTELIONATO. PROVIMENTO PARCIAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.*
>
> *Os corréus empreenderam extensa atividade delituosa que redundou em vantagem ilícita e prejuízo aos cofres públicos, estando tais condutas subsumidas ao art. 251 do CPM.*
>
> *O prejuízo suportado pela Administração foi revertido em benefício próprio dos réus. A rotina burocrática desenvolvida pelo acusado militar em conluio com o civil dono da empresa fornecedora de alimentos, vencedor de praticamente todas as licitações no período em que o primeiro acusado esteve à frente do 3º Batalhão (1999/2001), deu azo à liquidação antecipada, gerando ordens de pagamento sem que os produtos tivessem sido realmente entregues.*
>
> *A farta prova carreada aos autos demonstrou a materialidade delitiva e a responsabilidade penal dos agentes, que induziram em erro a Administração castrense, mediante o emprego de meio fraudulento, não havendo como negar, em face da utilização de documentos inverídicos, o engodo e a obtenção de vantagem.*

Preliminar suscitada pela Defesa de extinção da punibilidade quanto ao crime do art. 312 do CPM acolhida. Decisão unânime.

Preliminares defensivas de: conexão e prevenção, bis in idem*, crime continuado e unificação de penas, intempestividade de razões ministeriais, cerceamento de defesa pela* mutatio libelli. *Rejeitadas. Questão prejudicial de mérito para conversão do julgamento em diligência e sobrestamento do feito. Não acolhimento. Decisão unânime.*

Recurso ministerial provido parcialmente. Decisão majoritária.".

Para fixação da pena, a Ministra-Relatora concluiu serem as circunstâncias do crime desfavoráveis ao agente, tendo em vista os procedimentos irregulares adotados reiteradamente pelo sentenciado ao longo de 3 anos, na condição de Subcomandante da Unidade e de Chefe do Centro de Operações de Suprimento – COS, situação da qual se valeu para engendrar um hábil esquema delituoso (vol. 27 - fls. 6.089/6.091).

Considerando terem esses fatores revelados a intensidade do dolo, fixou a pena-base em 4 anos e 1 mês de reclusão. Na segunda fase do sistema trifásico, agravou-a de 1/5 (um quinto), nos termos do artigo 53, § 2º, inciso II, do CPM, por ter o embargante OBERDAN formado uma rede criminosa, coagindo seus subordinados à execução material da infração, na medida em que deixavam de inserir os dados das discrepâncias do estoque nos relatórios e nas prestações de contas anuais, além de atestarem inveridicamente o recebimento das mercadorias. Frisou serem os subordinados coagidos psicologicamente pelo Embargante, o qual lhes sonegava informações sobre o procedimento de aquisição de bens, de seu recebimento e liquidação. Por essa razão, a pena-base foi majorada para 4 anos, 10 meses e 24 dias.

Finalmente, por ter incorrido o Oficial na prática de estelionato no exercício da função, e em detrimento da Administração Militar, a pena foi majorada, ainda, na proporção de mais 1/5 (um quinto), na forma do § 3º do artigo 251 do CPM, restando definitiva em 5 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, como incurso no artigo 251, § 3º, c/c o artigo 53, § 2º, inciso II, ambos do CPM.

Em relação ao Civil MÁRIO STEFFEN, a pena-base foi fixada em 4 anos e 1 mês de reclusão, como incurso no artigo 251 do CPM, tornan-

do-a definitiva nesse *quantum* à míngua de circunstâncias genéricas e de causas de aumento e de diminuição (vol. 27 - fls. 6.089/6.091).

O Ministro-Revisor Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS concluiu pela ausência de certeza de terem os acusados OBERDAN e o Civil MÁRIO, em comum acordo, induzido e mantido em erro o Comando do 3º DSup, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Asseverou ter o nominado Oficial confessado que efetivamente assinava os documentos de recebimento de bens diversos para entrega futura, embora com a ressalva que assim o fazia com o conhecimento da OM e com o intuito de preservar o interesse da própria Administração, haja vista se tratar de bens perecíveis e da carência de local para estocagem nos armazéns do 3º DSup. Da mesma forma, o Civil MÁRIO STEFFEN admitiu que, embora formalizado o fornecimento integral, sua empresa fazia entregas parceladas dos bens adquiridos, procedimento que ocorria às claras e com o intuito de atender às necessidades periódicas de consumo das Organizações Militares.

Frisou não serem esses fatos de conhecimento exclusivo dos ora embargantes, mas de diversos oficiais e praças dentro da cadeia de comando, em face da complexidade da operação.

Afirmou que a postura irregular do Ten Cel OBERDAN colocou em risco o interesse da Administração, na medida em que os bens atestados como recebidos poderiam, por razões diversas, jamais terem sido entregues. Contudo, ressaltou a impossibilidade de condenar os acusados pela prática de um delito que não restou suficientemente provado (vol. 27 – fls. 6.092/6.098).

O Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, em declaração de voto, abalizou seu entendimento em outros julgados proferidos por esta Corte, em relação ao embargante Ten Cel OBERDAN, nos quais se valeu do idêntico *modus operandi*. Em todos foi considerada apenas a figura delitiva da falsidade ideológica, prevista no artigo 312 do CPM, ora condenando, ora reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, ou, até mesmo, absolvendo o embargante. Contudo, asseverou que o entendimento mais consentâneo com a sistemática penal seria a subsunção da conduta na figura penal do artigo 324 do CPM, porém a Corte já reconheceu a prescrição do crime referente à falsidade ideológica, tipificado no artigo 312 do mencionado Código. Aduziu não ter o laudo comprovado a existência do alegado prejuízo causado ao Erário, pois, inicialmente, a exordial apontou o dano no valor de R$ 1.100.000,00 (um milhão e

cem mil reais). Depois, no curso da instrução criminal, o *Parquet* passou a reconhecer um déficit no valor de R$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), como resultante de novos ajustes contábeis, porém sem a manifestação do Tribunal de Contas da União. Argumentou terem sido os bens licitados entregues de forma parcelada, mesmo considerada a dificuldade de se confeccionar o laudo contábil ante a notícia de destruição dos documentos. Por fim, frisou a ausência de prejuízo ao Erário, conforme se verificou de recente manifestação da 3ª Secretaria de Controle Interno do Tribunal de Contas da União, destacando a existência de irregularidade, reconhecida por aquele órgão, apenas no tocante à liquidação antecipada das despesas atinentes ao empenho. Ao final, acompanhou o voto do Ministro-Revisor, para manter a absolvição dos apelantes (vol. 27 – fls. 6.099/6.107).

Nas razões de embargos (vol 29 – fls. 6.483/6.692), a Defesa do Ten Cel Ex OBERDAN SCHIEFELBEIN arguiu, preliminarmente, a nulidade do processo em face da modificação da capitulação do delito em sede recursal, violando as Súmulas 453 e 523, ambas do STF.

Afirmou que a falsidade ideológica (CPM, art. 312) é crime meio para a consecução do estelionato (CPM, art. 251). Logo, a absolvição do embargante do crime de peculato (CPM, art. 303), como constou da Sentença, é autoexauriente, impedindo a desclassificação da conduta para o delito de estelionato. Ao promover essa desclassificação, o embargante sofreu considerado prejuízo em sua defesa, tendo em vista a denúncia descrever a todo tempo a prática dos crimes de falsidade ideológica e de peculato, vindo, ao final, ser condenado na segunda instância pelo crime de estelionato, ferindo o princípio da correlação processual. Invocando a Súmula nº 453 do STF, frisou a inadequada desclassificação em sede recursal, ainda mais quando o réu veio absolvido da instância *a quo*, importando em verdadeira *mutatio libelli*.

Frisou o inequívoco *error in procedendo*, em virtude da ausência de aditamento à denúncia, acarretando a nulidade do Acórdão, relativamente na parte em que condenou o embargante como incurso no artigo 251 do CPM, impondo a aplicação do artigo 499 do CPPM e da Súmula 523 do STF.

Em face do equívoco apontado, pugnou pela extinção da ação, por nulidade da instrução criminal e inobservância de formalidade essencial de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo,

na forma do artigo 500, inciso IV, do CPPM, c/c o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República.

No mérito, afirmou ter a Ministra-Relatora feito uma análise superficial e equivocada dos fatos, pois, em 31 de dezembro de 2001, não havia diferença entre o saldo SIAFI (Sistema de Administração Financeira) e o SGS (Sistema de Gerenciamento de Suprimentos), ambos em R$ 1.922.921,30 (um milhão, novecentos e vinte e dois mil, novecentos e vinte e um reais e trinta centavos), fazendo cair por terra a existência do alegado prejuízo de R$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos) causado ao patrimônio do 3º Batalhão de Suprimentos, como afirmou o Acórdão hostilizado.

Argumentou que, quando da prolação da Sentença, em 14 de maio de 2010, a Tomada de Contas Especial do 3º BSup estava em andamento no TCU, registrada sob o nº TC 014.032/2006-5, na qual a área técnica daquela Corte de Contas concluiu pela inexistência de prejuízo ao Erário no período contemplado na denúncia (1999-2001).

Sustentou que o alegado acerto contábil, o qual culminou na identificação do valor de R$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), fora objeto da nota de lançamento 2003NL001576 (vol. XXIII) e não diz respeito ao período apontado na denúncia, mas ao exercício de 2002. Afirmou que esse lançamento não era necessário, em face da comprovação de vários erros de lançamentos, culminando na apuração de valores destoantes, considerada a espécie do produto com seu valor unitário. Da mesma forma, admitiu que as fichas de material de consumo tidas como desaparecidas se referiam ao exercício de 2002, ou seja, período posterior ao constante na denúncia (1999-2001).

Em relação à alegação contida no Acórdão de ter o Embargante recebido produtos de qualidade inferior a que fora efetivamente licitada, sustentou que a conclusão do Laudo Especial nº 20, de 9 de maio de 2002, relacionado ao recebimento de arroz (tipo 2) em contradição ao que havia licitado (tipo 1), além de incorreta, foi feita por profissional sem habilitação técnica, no caso a Ten Betina Worm, a qual admitiu não possuir prática na análise de produtos de origem vegetal, e, em maio de 2002, ainda estava em treinamento e não se sentia capaz de realizar todos os exames previstos no catálogo. Tal conclusão colide frontalmente com a dos técnicos da EMATER, os quais classificaram a amostra submetida à análise como arroz tipo 1.

No tocante aos itens faltantes, afirmou que o voto da Ministra-Relatora baseou-se nas frágeis informações prestadas pelo encarregado do IPM e que o quadro lançado no respectivo Acórdão não tem o condão de solucionar o processo, de forma a apontar a responsabilidade do embargante. A alegada falta do recebimento de mercadorias também se mostra fragilizada pela conclusão dos peritos, os quais afirmaram inexistirem discrepâncias significativas nos exercícios financeiros de 1999/2001 em relação ao Sistema de Gerenciamento de Suprimentos – SGS. Enfatizou que os autos comprovam de forma clara o recebimento dos itens licitados e sua respectiva distribuição às Unidades apoiadas pelo 3º BSup.

Quanto aos fatos descritos e enumerados na denúncia, o embargante os rebateu pontualmente.

Em relação ao Fato nº 1, relacionado à aquisição de 200.000 Kg de arroz (tipo 2), por meio do Empenho 1999NE00140, contestou a conclusão do Acórdão de não ter o 3º BSup recebido a quantidade de 150.800 Kg, argumentando que 40.000 Kg foram remanejados para o Depósito de Subsistência de Santa Maria/RS – DSSM, conforme as Guias de Transferência nsº 52/1999 e 53/1999 (Anexo 11 - fls. 3.142/3.143). Os outros 160.000 Kg foram repassados para as 26 Unidades apoiadas pelo 3º BSup, conforme comprovam as Guias de Fornecimento acostadas aos autos.

Quanto ao Fato nº 2, relacionado à aquisição de creme vegetal, adquirido por meio do Empenho 1999NE00175, de 29 de abril de 1999, na quantidade de 25.000 Kg, a preço unitário de R$ 2,20 (dois reais e vinte centavos), contestou a afirmação da Ministra-Relatora de ter sido entregue pelo fornecedor INTERSUL apenas a quantidade de 3.700 Kg, deixando o 3º BSup de receber 21.300 Kg. Frisou estar essa afirmativa fundamentada apenas na inexistência de laudo proveniente do Laboratório de Inspeção e Análise de Bromatologia – LIAB. Sustentou que, não obstante a falta do citado laudo, em diligências requeridas pelo Encarregado do IPM, as quais foram complementadas pelo Conselho Especial de Justiça, vieram aos autos as Guias de Fornecimento expedidas pelas Unidades apoiadas, comprovando o recebimento do quantitativo de creme vegetal adquirido pela NE 00175, na forma de remanejamento autorizado, sendo 9.000 Kg para o DSSM, conforme Guia de Fornecimento 052/1999 (Anexo 11 – fl. 3.143). Igualmente, os 16.000 Kg restantes foram distribuídos para as outras 26 Unidades apoiadas pelo 3º BSup, o

que demostra o equívoco na alegação da senhora Ministra-Relatora (fls. 6.335/6345).

O Fato nº 3 refere-se à aquisição de itens por meio do Empenho 1999NE00197, de 4 de maio de 1999, relacionada a 57.710 Kg de arroz tipo 2, a preço unitário de R$ 0,81 (oitenta e um centavos). Igualmente, aponta o equívoco na afirmação da Ministra-Relatora, ao sustentar o não recebimento desses bens com base apenas na ausência do laudo expedido pelo LIAB. Rebate esses argumentos sustentando terem sido esses itens distribuídos às Unidades apoiadas, conforme comprovam as respectivas Guias de Fornecimento (Anexos I ao VI e XI ao XIII – fls. 3.118/3.685).

O Fato nº 4 refere-se à aquisição de vários itens por meio do Empenho 2000NE00383, de 11 de outubro de 2000. No tocante ao quantitativo de 69.500Kg de açúcar refinado, afirmou que a conclusão da Ministra-Relatora, no sentido de inexistir laudo fiscal atestando o seu recebimento, decorreu de erro material no preenchimento do número do empenho nos laudos fiscais (item identificação do artigo). Os Laudos de Inspeção de Alimentos nos 130/2000, 133/2000, 139/2000 e 142/2000 (Vol. 6 – fls. 1.119/1.122), todos expedidos pelo LIAB, foram emitidos com referência ao empenho 2000NE00325, o qual previa a quantidade de aquisição de 37.900 Kg desse produto (vol. 6 – fls. 1.109/1.110). Com esse erro, a citada nota de empenho foi registrada com uma quantidade equivocada, a maior, de 70.100 Kg, o que gerou o déficit na NE 00383. Frisou ter sido esse fato suficientemente demonstrado pelo depoimento do Cel Reginaldo Trindade Lisboa (fl. 969).

No tocante ao arroz tipo 2, adquirido na quantidade de 84.660 Kg, a preço unitário de R$ 0,54 (cinquenta e quatro centavos), conforme demonstra o Empenho 2000NE00383, ressaltou o equívoco do Acórdão ao apontar o não recebimento de 23.000 Kg, fundado na ausência do laudo expedido pelo LIAB. Frisou estar essa quantidade divergente com a prova documental juntada aos autos e com o próprio quadro dessa magistrada, onde consta a falta de 13.000 Kg, pois o Laudo de Inspeção nº 162/2000 (Vol. 6 - fl. 1155) registra o recebimento pelo 3º BSup de 18.000 Kg de arroz tipo 2 e não a quantidade de 13.000 Kg. Igualmente, afirmou ter sido a totalidade do produto adquirido distribuída às Unidades Apoiadas, conforme guias de fornecimento (Anexos I ao VI e XI ao XIII – fls. 3.118/3.685).

Também em relação ao arroz tipo 1, proveniente do Empenho 2000NE00383, o qual registra a aquisição de 36.300 Kg, a alegada ausência do recebimento de 12.300 Kg pode ser esclarecida com os recibos juntados a pedido das Defesas de MARIO STEFFEN e MARISA CARVA-

LHO (Vol. 23 - fl. 5.125), atestando o recebimento desse item pelo 3º Sgt Ex Joilson, auxiliar no Armazém de Víveres. Da mesma forma, a totalidade foi distribuída às OMs, conforme demonstram as Guias de Fornecimento mencionadas.

Os 39.140 Kg de leite em pó, adquiridos pelo Empenho 2000NE00383, a preço unitário de R$ 6,09 (seis reais e nove centavos), embora não haja laudo de inspeção expedido pelo LIAB, foram regularmente distribuídos às Unidades Apoiadas, conforme Guias de Fornecimento. Frisou que a alegada falta de 16.400Kg é inverídica.

No tocante à falta de 62.816 Kg de carne bovina, referente ao Empenho 2000NE00383, no qual consta a aquisição de 112.625 Kg desse produto, pelo preço unitário de R$ 3,17 (três reais e dezessete centavos), afirmou estar o Acórdão equivocado. O embargante alegou o recebimento pelo 3º BSup de 2 (duas) remessas, conforme Laudos Fiscais nºs 148/2000 e 167/2000 (fls. 1174/5), com quantidades respectivas de 24.446 Kg e 25.363 Kg. Aduziu a existência de mais 3 (três) laudos que não constaram do IPM. São eles: Laudo 001/2001, referente à entrega de 12.180 Kg de carne (Nota Fiscal nº 247.740 - fl. 4.984); Laudo 002/2001, referente à entrega de 24.187Kg de carne (Nota Fiscal nº 252.369 – fl. 4.985) e Laudo 005/2001, referente à entrega de 24.100 Kg de carne bovina (Nota Fiscal nº 259.045 – fl. 4.986). Os dois primeiros foram assinados pelo Ten Ex Paulo Sérgio Paniz e o último pela Cap Ex Maria de Fátima.

Em relação ao peito de frango, adquirido por meio do citado empenho, em quantidade de 26.055 Kg, ao preço unitário de R$ 1,94 (um real e noventa e quatro centavos), a Ministra-Relatora apontou a falta de 14.053 Kg. Todavia, o Embargante afirmou ter sido a totalidade desses produtos entregues às Unidades Apoiadas, conforme demonstram as guias de fornecimento juntadas ao processo (fls. 6.375/6.377).

Quanto à carne de frango (coxa e sobrecoxa), dos 43.310 Kg adquiridos, ao preço unitário de R$ 1,73 (um real e setenta e três centavos), o Acórdão apontou a falta de 13.308 Kg. Contudo, o Embargante afirmou o efetivo recebimento desse produto, por meio do Laudo Fiscal nº 164/2000, num total de 13.312 Kg – fl. 2.277 (vol. 28 – fl. 6.378).

No tocante ao creme vegetal, dos 22.304 Kg adquiridos pela OM, ao preço unitário de R$ 1,47 (um real e quarenta e sete centavos), a Ministra apontou a ausência de 8.036 Kg, com base na inexistência do

laudo expedido pelo LIAB. Contudo, o Embargante afirmou ter sido a totalidade desse item distribuída às Unidades Apoiadas, conforme Guias de Fornecimento (vol. 28 – fls. 6.379/6.384).

Em relação aos 13.950 Kg de café em pó, o Acórdão apontou a falta de 5.950 Kg, com base na ausência do competente laudo expedido pelo LIAB. O Embargante afirmou a ocorrência de um equívoco, pois a quantidade faltante foi lançada indevidamente no Laudo Fiscal, o qual fez menção indevida ao Empenho 2000NE00325, quando deveria ter sido lançada no Empenho 2000NE00383. Naquele Empenho consta a aquisição de 9.300 Kg, contudo, nos laudos fiscais, foi lançado indevidamente o recebimento de 15.250 Kg. Por essa razão foi, posteriormente, lavrado o Laudo Fiscal nº 135/2000, atestando o recebimento de 5.950 Kg (fl. 1.118). Da mesma forma, o total adquirido foi regularmente distribuído às Unidades Apoiadas, conforme as respectivas guias de fornecimento (fls. 6.384/6.391).

Finalmente, no tocante à ausência da totalidade da aveia laminada adquirida por meio do Empenho 2000NE00383, 2.880 Kg, a preço unitário de R$ 1,58 (um real e cinquenta e oito centavos), o Embargante alegou a ocorrência de mais um erro do Ten Paulo Sérgio Paniz, ao lançar os dados referentes ao recebimento desse produto, inclusive o número da Nota Fiscal 734 em dois Laudos Fiscais distintos 104/2000 e 127/2000, causando o recebimento em duplicidade do citado produto, considerando o Empenho 2000NE00005.

O Fato nº 5 diz respeito ao Empenho 2001NE000020, referente à concorrência nº 03/2000, no qual afirmou o Embargante que todos os artigos foram pagos e recebidos. Assim como no Fato nº 4, alegou ter a Ministra-Relatora se convencido da falta desses alimentos em face da inexistência dos laudos fiscais. Contudo, salientou o Embargante a existência de equívocos nos preenchimentos desses laudos, fazendo com que a alteração da quantidade emergisse dos lançamentos errôneos em outros laudos fiscais. Afirmou também que as guias de fornecimento asseguraram a distribuição de todos os itens desse empenho às Unidades Apoiadas. O mesmo ocorreu em relação ao Fato nº 6, relacionado ao Empenho 2001NE000063, igualmente vinculado à concorrência nº 03/2000.

Por fim, rebateu a alegação contida no Acórdão embargado, de existência de prejuízo ao Erário, com base no mencionado parecer técnico do Tribunal de Contas da União, bem como da ausência de qualquer

acréscimo no patrimônio do Embargante, conforme restou comprovado pela quebra de sigilo bancário.

Asseverou que o Comandante do 3º BSup Cel Ex Paulo Roberto Rodrigues Nunes e seu substituto Cel Ex Lisboa tinham pleno conhecimento da real situação da OM, conforme relatou o Embargante. Em virtude da carência de espaço físico dos depósitos, autorizavam a empresa INTERSUL a se apropriar das notas fiscais, a fim de obter preferência no recebimento de seu crédito, já que os produtos constavam como entregues, embora não tivessem, ainda, adentrado às portas dos armazéns da OM, o que só era feito posteriormente, na medida em que ia sobrando espaço físico. Salientou que, embora esses Oficiais tivessem negado aquiescência com a conduta do Embargante, o Conselho Especial concluiu terem eles prestado falso testemunho e determinou o encaminhamento de peças do processo ao Ministério Público Militar, nos termos do artigo 442 do CPPM.

Superada a preliminar, pugnou pela absolvição do Embargante, em virtude da comprovada ausência de prejuízo à Organização Militar, conforme atestado pelo Tribunal de Contas da União, bem como pela ausência de dolo específico de ludibriar a Administração Militar.

Prequestionou os dispositivos constitucionais violados, a fim de levar a matéria às barras do Supremo Tribunal Federal, por meio do competente recurso extraordinário.

Alternativamente, pugnou, em caso de manutenção da condenação, pela redução da pena aplicada com base no princípio da proporcionalidade, fixando a pena-base no mínimo cominado em face da primariedade e dos bons antecedentes do Embargante (vol. 29 – fls. 6.483/6.692).

A Defesa do Civil MARIO STEFFEN alegou, preliminarmente, a nulidade do julgado, com base na Súmula nº 453 do STF, tendo em vista a modificação da imputação contida na denúncia por fato delituoso cujas elementares fáticas não foram enfrentadas pela Defesa, violando a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Frisou não ser possível a condenação do Embargante pela prática do crime de falsidade ideológica (CPM, art. 312), já que este se exaure no estelionato, conduta essa que ainda se encontra em debate no presente recurso. Frisou o acerto do Juízo *a quo*, ao entender pela necessidade do aditamento da denúncia para formalizar a acusação de estelionato, haja vista a imputação inicial se referir aos crimes de falsidade ideológica e

peculato (CPM, art. 303). Por essa razão, andou bem o Colegiado de primeira instância ao absolver o Embargante dos crimes de peculato e estelionato. Aduziu que a absolvição do crime de peculato impediu a desclassificação para o crime de estelionato.

No mérito, frisou a inexistência de qualquer prejuízo ao Erário, conforme restou comprovado pelo parecer técnico do Tribunal de Contas da União nos autos do Processo de Tomada de Contas nº 014.032/2006-5. Concluiu afirmando inexistirem provas da ocorrência do delito e do respectivo prejuízo a ensejarem a condenação do Embargante pela prática do estelionato. Aduziu, ainda, a inexistência do dolo de ludibriar a Administração Militar, o que afasta a tipicidade formal da conduta.

Pugnou pelo acolhimento dos Embargos para absolver o Embargante (fls. 6.789/6.802).

Instado a se manifestar, o *Custos Legis*, por seu Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, afirmou não haver discrepância quanto à inexistência de prejuízo para a defesa, em face da suposta *mutatio libelli*, tendo em vista os votos vencidos negarem a pretensão de declarar a nulidade do feito. Sustentou que os argumentos lançados no Acórdão exauriram todas as alegações e objeções do MPM e da Defesa, concluindo, de forma sólida, pela obtenção de vantagem indevida pelos recorrentes em detrimento da Administração Militar, em razão do lucro ilícito proporcionado à empresa INTERSUL, dirigida pelo segundo embargante. Frisou a robustez da prova testemunhal, afirmando terem os fatos ocorridos de forma reiterada e sistemática.

Asseverou que o pagamento feito pelo Ten Cel OBERDAN, de vultosa quantia para reposição de carnes bovina (em 10 de outubro de 2001 – vol. 27 – fl. 6.080) e suína (em 26 de abril de 2002 – Apenso 4 – fl. 133), é indício veemente de terem agido ilicitamente, haja vista a possibilidade de ajustar a contabilidade de forma legal, sem dispêndio de recursos. Afirmou que as divergências encontradas a partir da substituição do primeiro Embargante pelo Maj Ex Kober evidenciaram as irregularidades mal ocultadas, a revelar a justiça da reprimenda.

Frisou que a queima de documentos do sistema de gerenciamento, que atestavam o levantamento físico do material existente, é indício da responsabilidade dos Embargantes nas fraudes.

Aduziu que os argumentos usados na pretensão de reforma do julgado foram examinados e repelidos exaustivamente no Acórdão recorrido, não havendo razão agora para prevalecerem.

Por fim, opinou pela rejeição dos Embargos opostos, para manter o Aresto hostilizado por seus próprios e jurídicos fundamentos (vol. 30 – fls. 6.808/6.814).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos, conforme se verifica à fl. 6.817v (vol. 30).

É o Relatório.

VOTO

Superado o juízo de prelibação, o qual foi por mim exercido por meio do Despacho de fl. 6.805 (vol. 30), de 25 de setembro de 2013, passo à análise da preliminar de nulidade arguida pelos embargantes.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DO ACÓRDÃO ARGUIDA PELA DEFESA

Em sede preliminar, as Defesas de ambos os Embargantes alegam a nulidade da instrução criminal e do Acórdão proferido nos autos da Apelação nº 2-73.2003.7.03.0103, por ter esta Corte desclassificado a conduta imputada aos Embargantes, inicialmente tipificada no artigo 303, § 1º, c/c o art. 53, ambos do CPM (peculato), para o delito de estelionato, previsto no artigo 251 do mencionado Estatuto Repressivo Penal Castrense. Invoca, em seus argumentos, as Súmulas nº 453 e 523, ambas do STF: a primeira vedando o acolhimento da *mutatio libelli* no âmbito da segunda instância, e a segunda, referente à nulidade processual decorrente da ausência de defesa. As alegações encontram-se fundamentadas nos artigos 499 e 500, inciso IV, ambos do CPPM, bem como nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição da República.

A preliminar de nulidade ora apontada não foi objeto de divergência no julgado proferido nos autos da Apelação mencionada. Consta da Ata de julgamento ter o Tribunal, por maioria, rejeitado a sexta preliminar defensiva, de cerceamento de defesa, em razão da *mutatio libelli*, contra os votos dos Ministros Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, que não conheciam da matéria como preliminar. Não houve pronunciamento dos mencionados magistrados acerca do ponto principal desta preliminar, os quais preferiam o seu enfrentamento quando da apreciação do mérito recursal.

Contudo, não se verifica nenhuma incongruência na Decisão desta Corte, ao desclassificar a conduta dos embargantes para a figura penal prevista no artigo 251 do CPM. Também não há que falar em nulidade se não foi identificado o prejuízo. O artigo 437, alínea "a", do CPPM prevê a possibilidade de o Conselho de Justiça dar definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. Para isso ocorrer, a definição precisa ser formulada pelo Ministério Público Militar em alegações escritas e a outra parte tenha a oportunidade de respondê-la. E foi o que ocorreu.

Não se aplicam à presente hipótese os entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista este Plenário ter dado nova definição ao fato sem modificar a descrição da conduta contida na denúncia, assim como requerido pelo Ministério Público desde as alegações escritas. Tem-se aqui a previsão processual da *emendatio libelli*, perfeitamente admitida no ordenamento processual penal castrense, conforme dispositivo citado.

Tal fato não guarda similitude com a *mutatio libelli*, como afirmam os embargantes, figura processual em que se exige a emenda da inicial acusatória em face da superveniente constatação de que a dinâmica dos fatos, apurada no curso da instrução criminal, destoa da narrativa constante da denúncia. Nesse caso, se não houver a emenda da inicial, impõe-se ao magistrado a absolvição do acusado. Eis a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento da não aplicação da regra contida no artigo 384 do CPP (*mutatio libelli)* em sede recursal, por frustrar a expectativa da defesa.

Ao contrário da legislação processual penal ordinária, o Código de Processo Penal Militar foi mais garantista ao estabelecer a regra da *emendatio libelli*, pois o legislador castrense, mesmo no tocante à simples alteração da definição do delito, assegurou às partes o contraditório, conforme se verifica da redação contida no citado artigo 437, alínea "a", do CPPM, *in verbis*:

> *"Art. 437. O Conselho de Justiça poderá: a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la;".*

Tal tratamento não se verifica no âmbito da legislação ordinária, como se vê da redação contida no artigo 383 do CPP, a qual transcrevo *in verbis*:

> *"O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave."* Na expressão de Guilherme de Souza Nucci, *"Permite-se ao juiz dar definição jurídica diversa da que consta na denúncia, somente na hipótese de os fatos nela relatados, dos quais se defende o acusado, subsumirem-se com precisão no novo tipo e em todos seus elementos (...)"* (*in Código de Processo Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, páginas 403/404).

Não é demais citar o entendimento trazido pela Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA ao tratar da questão no Acórdão hostilizado:

> "A priori, *encontra-se consagrado na lei material e processual castrense que o réu defende-se dos fatos narrados na Denúncia, e não da tipificação penal que lhe é imputada.*
>
> *(...)*
>
> *Nessa linha de raciocínio, ressalto não haver por que desconsiderar a exigência contida no art. 437, alínea 'a', da Lei Adjetiva Especial, ressalvando o disposto na Súmula 5 desta Corte, visto mostrar-se constitucionalmente revestida de legalidade. Trata-se de garantia especial concedida ao denunciado, a qual não se revela excessiva, ao ponto de justificar sua inaplicabilidade.*
>
> *(...)*
>
> *Por isso, pugnou o MPM, em Alegações Escritas, pela condenação do réu no crime de estelionato, de menor gravidade que o peculato. Bem andou, pois, o Conselho Julgador ao acatar a legislação esposada."*.

Não evidenciado o alegado prejuízo, haja vista os Embargantes terem se defendido a todo tempo dos fatos narrados na denúncia, ao passo que a modificação da capitulação jurídica atendeu ao disposto no artigo 437, alínea "a", do CPPM, impõe-se a rejeição desta preliminar. Não é demais frisar que o Acórdão guarda correlação com os fatos narrados na denúncia, não havendo que falar em violação de garantias consti-

tucionais da ampla defesa e do contraditório, se a Defesa teve sua atuação de forma livre e independente, contraditando todos os pontos levantados pela acusação desde as alegações escritas, inclusive no que se refere à *emendatio libelli*.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelos embargantes.

MÉRITO

Superada a preliminar de nulidade, no mérito, os embargos não devem prosperar, pois o Acórdão hostilizado enfrentou pontualmente as questões probatórias trazidas pelas partes no curso da instrução criminal.

Como bem afirmou a eminente Ministra-Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, restou evidente o dolo dos Embargantes em obter a vantagem ilícita para si, em detrimento da Administração Militar, preenchendo, assim, as elementares do crime de estelionato.

O Ten Cel OBERDAN serviu no 3º Batalhão de Suprimentos no período de fevereiro de 1993 a julho de 2001, exercendo inicialmente a função de Chefe da Seção de Suprimentos de Classe 01, artigos de subsistência, até dezembro de 1997. De janeiro a setembro de 1998, foi Chefe do Centro de Operações de Suprimentos e Subcomandante. De setembro de 1998 a janeiro de 1999, foi Comandante interino da OM, e, da segunda quinzena de janeiro de 1999 a meados de julho de 2001, foi Subcomandante e Chefe do Centro de Operações de Suprimentos (COS). Nessa última condição, o Ten Cel OBERDAN tinha a obrigação de alertar a OM acerca do descumprimento do contrato pela empresa INTERSUL, a qual não vinha entregando a totalidade dos produtos adquiridos no prazo estipulado, ou entregando-os em qualidade inferior à prevista, e, assim, evitar o indevido pagamento dos empenhos, ato que só foi possível em face do lançamento ideologicamente falso nos versos das notas fiscais, pelo mencionado Oficial, no sentido de ter a Administração recebido todos os produtos em quantidade e qualidade conforme licitados. Nesse sentido, tem-se a confissão do Embargante, quando ouvido em Juízo:

> *"(...) Que o interrogando e o Ten Steil eram os militares que atestavam nos versos das notas fiscais o recebimento das mercadorias não entregues; que tais mercadorias foram entregues, paulatinamente, nos meses subsequentes ao pagamento."* (vol. 27 – fl. 6.077).

Tão evidente a culpa do Cel OBERDAN, que ele próprio assumiu a responsabilidade pela aquisição de 14.925 Kg de carne bovina, cuja falta fora constatada após a apuração determinada pelo Cel Reginaldo Trindade Lisboa. Para tanto, o Embargante se prontificou, sem qualquer resistência, a desembolsar a quantia de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para repor esse quantitativo, conforme restou apurado no Relatório de Tomada de Conta Especial. Nesse sentido, cito o depoimento do Cel OBERDAN prestado na inquisa, *in verbis*:

> *"**perguntado se se responsabilizou pela falta da referida carne bovina, respondeu que sim**, devido a autorização que dera para enterrar a carne do D SAP e por não saber precisar a quantidade que fora lá enterrada à época; perguntado se eram 10 ou 16 ton que estavam faltando, respondeu que foi informado pelo Ten Dal Ponte que não chegava a 10 ton, era em torno de 9,7 ou 9,8 ton, tendo confirmado que iria repor essa quantidade ao Maj Kober; **perguntado como acertou a reposição dessa carga com o fornecedor, respondeu que passou ao Sr. Jair, da Intersul, um cheque em torno de R$ 18.000,00, cujos recursos eram oriundos, em parte, da transferência do depoente para o Rio de Janeiro e o restante eram recursos próprios do depoente**..."* (vol. 11 – fls. 2.187/2.193 – sem grifos no original).

O Relatório da Tomada de Contas Especial especifica, com riqueza de detalhes, os danos causados ao Erário. Mesmo constatada a reposição de 10 toneladas de carne bovina pelo Ten Cel OBERDAN, verificou-se um déficit de 6 toneladas, avaliadas em R$ 20.760,00 (vinte mil, setecentos e sessenta reais). Tal prejuízo foi calculado com base no valor unitário (Kg) em R$ 3,46 (três reais e quarenta e seis centavos), conforme Nota de Empenho nº 2001NE000063, de 20 de março de 2001 (Apenso 4 – fl. 103).

Embora o Embargante tenha justificado o déficit mencionado com o argumento de ter enterrado determinada quantidade de carne (não soube precisar o valor), sob a alegação de ter sido indevidamente descongelada, e que, por sua vez, perdeu-se a validade, não consta dos autos nenhuma prova que sustente essa afirmação. Na verdade, o Embargante, em depoimento prestado na fase inquisitória, frisou que no local onde teria enterrado essa carne fora construída a sede de uma Organização Militar (18º BIMTz) (Apenso 4 – fl. 102).

Com relação à aquisição de frango, constatou-se uma diferença relacionada ao tipo licitado e ao efetivamente entregue no Depósito. Atesta o Relatório ter sido licitado e pago frango em cortes. Contudo, restou apurada a entrega de frango em carcaça, cujo valor unitário é bem mais barato em relação ao licitado. A diferença apurada é de R$ 63.532,80 (sessenta e três mil, quinhentos e trinta e dois reais e oitenta centavos) (Apenso 4 – fls. 103/105).

Apurou-se ainda o prejuízo decorrente da inexecução de serviços e obras, conforme laudo pericial, totalizando um valor de R$ 16.408,80 (dezesseis mil, quatrocentos e oito reais e oitenta centavos) (Apenso 4 – fl. 108).

Finalmente, a Tomada de Contas apontou a diferença de R$ 108.057,04 (cento e oito mil e cinquenta e sete reais e quatro centavos), relacionada à irregularidade na aquisição de pão francês, as quais se identificam pela tomada de Preço nº 9/99, no valor de R$ 60.673,50 (sessenta mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta centavos), e pela Tomada de Preço nº 10/10, no valor de R$ 47.383,54 (quarenta e sete mil, trezentos e oitenta e três reais e cinquenta e quatro centavos) (Apenso 4 – fls. 108/109).

Importa frisar que os valores citados estão desprovidos da devida atualização monetária. Conforme consta da Tomada de Contas Especial, a soma atualizada de todo o prejuízo, considerada a data de 30 de novembro de 2004, é de R$ 299.838,82 (duzentos e noventa e nove mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e dois centavos) (Apenso 4 – fl. 120).

Por maior que seja a responsabilidade de quem lida com o patrimônio da Administração Militar, o pronto pagamento da diferença relacionada à carne bovina e suína apenas reforça a autoria do delito, ainda mais em se tratando de vultosa quantia, cujo total é de, aproximadamente, R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). É importante frisar que a descoberta das irregularidades decorreu da determinação do Ten Cel Lisboa, de inventariar todas as classes de suprimento, logo após assumir o Comando do 3º B Sup., em janeiro de 2001.

O depoimento do Maj Airton Kober, substituto do Cel OBERDAN na Chefia do COS, é de extrema relevância para a formação da autoria delitiva, conforme se verifica, *in verbis*:

> *"(...) que a falta de carne foi participada ao comandante do Batalhão, o qual determinou que o Ten Dal Pontes fizesse*

contato com o Ten Cel Oberdan para que providenciasse a reposição da carne faltante, o que foi feito em ato contínuo, não sabendo informar quem fez tal reposição; que a falta de carne suína foi detectada no ano de 2002, quando os estoques baixaram; que faltavam 7.500 Kg de carne suína; que a falta dessa carne também foi participada ao Comandante, sendo determinado que se fizesse o contato com o Ten Cel Oberdan para providenciar a reposição, o que foi feito; que o contato com o mencionado acusado foi realizado através do Cb Jaime; que a reposição foi efetuada logo em seguida (...) o depoente foi procurado pelo Sr. Jair, representante da firma Intersul, para que atestasse o recebimento de mercadorias, antecipadamente, possibilitando o respectivo pagamento sem a entrega de gêneros, o que foi recusado pelo depoente; que o depoente participou ao Comandante, Cel Lisboa, o qual determinou que se seguisse o regulamento (...) que as notas fiscais foram devolvidas ao Sr. Jair, ocasião na qual o mesmo comentou que 'faltaria oxigênio' à firma Intersul; que as notas fiscais, referentes a todo o empenho 063, citado no fato 6 da denúncia, já tinham sido atestadas e pagas quando o depoente recebeu a parte do Ten Dal Ponte (...) o depoente também tinha atribuição para fiscalizar as licitações realizadas a partir da sua assunção na chefia, podendo observar que foram realizadas mais ou menos seis licitações de classe 1, havendo um sensível decréscimo de participação da firma Intersul (...) que, embora o depoente nada tivesse recebido por escrito, ouviu reclamações das OMs apoiadas, e de próprios integrantes do Batalhão sobre a má qualidade dos gêneros alimentícios, principalmente feijão e arroz (...) determinou que fosse chamada a Cap Fátima para verificar os laudos da Ten Betina, tendo a mesma comparecido e dito não haver necessidade de tal verificação porque a firma Intersul faria a troca da mercadoria, o que se efetivou em seguida nas quantidades verificadas nos laudos de fls. 136/137 (...) que o depoente soube que a limitação de espaço físico para armazenagem dos gêneros era usada para justificar a quitação antecipada de notas fiscais, mas tal problema poderia ser facilmente resolvido mediante a adoção de entregas programadas constantes em edital e em contrato, como passou a ocorrer a partir de 2002 (...)" (vol 18 – fls. 3.689/3.699).

No mesmo sentido, são as declarações do Ten Ex Guilherme Firpo Dal Ponte, as quais reforçam a tese da acusação quanto à autoria delitiva, *in verbis*:

> *"(...) que em agosto de 2001, por iniciativa do Comandante, Cel Lisboa, foi realizado um inventário geral da Unidade, quando se constatou a falta de* ***aproximadamente 14 toneladas de carne bovina*** *de 1ª qualidade; que por ocasião deste inventário, o Ten Cel Oberdan não mais servia ao 3º B Sup, que mesmo assim ficou sabendo dessa falta de carne e procurou informações junto ao interrogando, o qual, por orientação do Comando, nada adiantou a respeito, que, todavia, posteriormente, ante a insistência do Ten Cel Oberdan, o interrogando, com o conhecimento do Cel Lisboa, levou à residência do Ten Cel Oberdan cópia de todo o inventário;* ***que, na residência do Ten Cel Oberdan, o interrogando presenciou quando a Cap Fátima disse ao Ten Cel Oberdan 'desta vez você vai ter que pagar', que o Ten Cel Oberdan fez então, na presença do interrogando, uma ligação telefônica para o Sr. Jair da Firma Intersul, para que a carne faltante fosse entregue no 3º B Sup, que depois da ligação o Ten Cel Oberdan comentou que a entrega dessa carne, num valor aproximado de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), era equivalente a um carro zero Km; que poucos dias depois, a carne foi entregue no 3º B Sup, juntamente com um carregamento da Intersul, fato esse do conhecimento do Comandante, Cel Lisboa, e do Chefe do COS, Maj Kober****."* (vol. 17 – fls. 3.434/3.440) (grifo nosso).

Tais argumentos convergem com as declarações do Ten Cel Lisboa, Comandante do 3º B Sup, posterior à saída do Ten Cel OBERDAN, prestado por carta precatória, conforme se verifica, *in verbis*:

> *"(...)* ***7) O que a testemunha sabe, <u>detalhadamente</u>, a respeito da ocorrência de pagamentos antecipados, ou seja, antes do fornecimento dos produtos licitados, para empresa Intersul? <u>Respondeu</u>****: que em abril/maio de 2001, o depoente recebeu informações de que o Cel OBERDAN havia realizado pagamentos antecipados, ou seja, antes do recebimento dos produtos licitados; que na licitação realizada em julho de 2001, a empresa INTERSUL venceu 11 dos 19 itens licitados, e o Sr. JAIR, daquela empresa, emitiu todas as notas fiscais relacionadas ao valor total dos produtos licitados e as apresentou ao Maj KO-*

BER, no Centro de Operações de Suprimento, dizendo que estava esperando o pagamento, como habitualmente ocorria com o Cel OBERDAN; (...) ***10) Segundo declaração prestada pelo acusado OBERDAN SHIEFLEBEIN em seu interrogatório judicial, os pagamentos antecipados para empresa Intersul se deram por ordem expressa da testemunha, então Comandante da OM. A testemunha pode informar, detalhadamente, a respeito? Respondeu****: que essa ordem nunca foi dada pelo depoente;* ***11) Quando a testemunha soube da sistemática de pagamentos antecipados que era adotada? Por quem? Respondeu****: que soube inicialmente notícias dessa antecipação em abril/maio de 2001, confirmada com a licitação de julho de 2001, e em agosto, através do inventário geral realizado em todas as classes do Batalhão, após a saída do Cel OBERDAN; que houve mais uma agravante, pois em outubro daquele ano, o Tenente DAL PONTE trouxe ao depoente uma relação de material de janeiro de 2001, já pago, e ainda não recebido;* ***12) Tais procedimentos eram previstos no edital de licitação e contrato firmado? Ocorriam para outros fornecedores de gêneros ou eram exclusivos à empresa Intersul? Respondeu****: que não havia qualquer tipo de previsão para esse procedimento e, pelo que consta, esse procedimento ocorria apenas com a INTERSUL, mesmo porque ela vencia quase que a totalidade das licitações; que esclarece que a nota fiscal que acompanhava a primeira remessa era acompanhada por 'notas fiscais de simples remessas'; (...)* ***15) A testemunha foi procurada, em alguma oportunidade, pelo acusado MÁRIO STEFFEN ou pelo Sr. JAIR, representante da Intersul, para tratar acerca de pagamentos antecipados? O que, detalhadamente, aconteceu a esse respeito? Respondeu****: que o Maj KOBER foi procurado pelo Sr. JAIR, conforme relatado e que posteriormente o levou até o depoente e que naturalmente teve negado pedido de antecipação de pagamento; que em agosto de 2001, o Sr. MARIO STEFFEN procurou o depoente e, na presença do Maj ALIEVE e do Maj KOBER, o depoente negou a antecipação de pagamento pedida; (...)* ***18) como foi feito o inventário de bens, após a saída do acusado OBERDAN do 3º Batalhão de Suprimento? Quem foram os responsáveis? Respondeu****: que após a saída do Cel OBERDAN, o depoente determinou, em 08 de agosto, o inventário geral de todas as classes de suprimento do Batalhão; que inicialmente*

tais inventários eram feitos dentro das classes; que o Batalhão estava sem documentação, não possuía dados guardados e, segundo testemunhas, o Cel OBERDAN havia posto fogo nessa documentação; que o sistema de gerenciamento de suprimentos, que fazia o levantamento físico do material existente, cuidadosamente não abrangia a classe de alimentação; que depois, por sugestão da 3ª Inspetoria de Finanças do Exército, que corresponde ao controle interno regional, foi criada uma comissão para realizar esse inventário, constituído pelo Cap FERREIRA, Cap MARCO AURÉLIO e Tenente ALEXANDRE; que a orientação do controle interno era para que fossem avaliados os anos de 1998 a 2001; ***19) Restou detectada falta de carne bovina? Detalhadamente, como a mesma foi reposta? Sabe informar quem pagou a reposição e quem efetivamente entregou o produto no 3º B Sup? Respondeu****: que nesse inventário geral, foi detectado pelo Tenente DAL PONTE, a falta de cerca de 16 ton de carne bovina; que o Cel OBERDAN já havia sido transferido do Batalhão e estava na 3ª RM em Porto Alegre, onde soube do fato e, em cerca de 15 dias, a carne foi reposta; que a carne foi conduzida pelo Sr. JAIR; que ignora quem efetivamente pagou a antecipação;* ***20) O que a testemunha sabe, detalhadamente, acerca do recebimento de arroz de qualidade inferior ao licitado pelo 3º B Sup? Respondeu****: que em março de 2002, houve uma reunião dos oficiais aprovisionadores da Região e um dos pontos destacados foi concernente a arroz e feijão; que a reunião ocorreu no 3º B Sup e ali foi discutido, dentre outros, que o 18º Batalhão de Infantaria Motorizada de Sapucaia do Sul estava reclamando do arroz e do feijão recebidos; que a Tenente BETINA foi enviada ao local, onde colheu amostras do material e levou para a análise, sendo constatado que o material não correspondia exatamente ao tipo licitado e, mais grave, que no lugar do feijão do tipo 1 licitado, tinha sido entregue tipo 4;* ***que esse material havia sido recebido provavelmente pela Cap FÁTIMA, esposa do Cel OBERDAN****; que, logo em seguida, diversas Unidades da Região fizeram a mesma reclamação; que esse suprimento havia sido entregue para OMs mais ou menos em outubro de 2001; que diante desse fato, o depoente mandou fazer uma reinspeção em todo o material que estava armazenado no Batalhão, obtendo um resultado semelhante ao colhido com o material que estava em Sapucaia do Sul e nas demais OMs; que*

a Cap FÁTIMA não mais se encontrava à frente do laboratório quando esta inspeção ocorreu, mas foi chamada ao Batalhão e rapidamente entrou em contato com a INTERSUL que substituiu o material; que o Maj KOBER apresentou à Cap FÁTIMA os laudos da reinspeção perguntando se tinha algo a esclarecer e ela nada disse; ***25) A testemunha refere, em depoimento do IPM, que, à época do pedido à 3ª RM de afastamento do Tenente Coronel OBERDAN do 3º B Sup, tinha 'suspeitas e indícios de deslealdade e desonestidade' do referido oficial. Poderia detalhar tais fatos? Respondeu****: que tais suspeitas e indícios surgiram após conversa mantida com capitães em abril/maio de 2001 e tendo tido conhecimento de suspeitas de antecipação de pagamento, entre outras irregularidades, o depoente entendeu que aquele Coronel não era confiável; que, além disso, algumas condutas do Cel OBERDAN, como Subcomandante, demonstravam quebra de lealdade para com o depoente, acrescido dos incidentes com a carne bovina, suína, arroz, feijão,* ***os comentários acerca do patrimônio daquele Coronel, incompatível com a função que exercia, e do estilo de vida que levava*** *(...)* ***13) Informe o depoente se tem conhecimento do Acerto Contábil de R$ 211.445,16, de 30/05/03, noticiado às fls. 2.253, do Anexo I, Volume VIII (fls. 217 da precatória). Respondeu****: que sim;* ***14) Esclareça qual o fato que justificou a necessidade do referido Acerto Contábil? Respondeu****: que por ocasião do inventário geral e dos inventários realizados nas classes de suprimentos, concluídos em 2003 e diante dos dados existentes não confiáveis e do caos administrativo que reinou no 3º B SUP por quase uma década, este foi o valor encontrado na discrepância contábil entre o controle físico e o controle patrimonial; que todos os procedimentos tomados para regularizar a discrepância, tiveram a orientação do Controle Interno (...)* ***4) diante das limitações de estocagem de víveres no AV-20, esclareça se foi ordenado pelo Comando o recebimento de artigos adquiridos de forma parcelada. Respondeu****: que não foi ordenada aquisição de forma parcelada, e sim de forma programada;* ***5) Em relação à pergunta acima, se não foi ordenado o recebimento, como atestava e ordenava o pagamento das faturas, como consta nos versos das notas fiscais? Respondeu****: que o depoente não ordenava, e sim autorizava pagamentos devidamente liquidados pela Comissão que assim o atestava; que*

> *autorizar pagamento não quer dizer corroborar, aquiescer com possíveis antecipações de pagamentos; que no comando do depoente, as antecipações que aconteceram ocorreram quando o TC OBERDAN era Chefe do COS que, ludibriando a boa-fé do depoente, atestava liquidação em notas fiscais de produtos que ainda não haviam sido entregues (...)* ***7) Se o depoente recorda das preocupações relacionadas ao serviço e manifestadas documentalmente e pessoalmente pelo Tenente DAL PONTE à época dos fatos. Respondeu:*** *que efetivamente o Tenente DAL PONTE manifestou-se pessoalmente e formalmente após a saída do TC OBERDAN do Batalhão, até porque, à mercê do perfil do TC OBERDAN, antes esse tipo de manifestação era inibida pelo referido Tenente Coronel, que tinha aversão a qualquer tipo de controle ou formalização e que centralizava todos os controles consigo"* (vol 20 - fls. 4.228/4.230) (grifo nosso).

Mesmo antes da conclusão do inventário, apurou-se a falta de 7.500 Kg de carne suína, no valor de R$ 19.000,00 (dezenove mil reais), produto esse que foi posteriormente reposto pelo Cel OBERDAN, conforme declarou a testemunha Jair Arides Hernandes da Rosa, representante comercial da INTERSUL (Vol. 20 – fls. 4.366/4.370), *in verbis*:

> *"(...) que as 7,5 toneladas de carne suína já mencionadas foram adquiridas pelo depoente, mediante solicitação do TC Oberdan, que lhe entregou dinheiro vivo, tendo o depoente feito o depósito na conta bancária do fornecedor; que o valor da compra girou em torno de R$ 19.000,00 (dezenove mil reais), não se recordando onde recebeu o dinheiro; que o depoente acompanhou a entrega dessa carne ao 3º B Sup (...)"*.

Nesse ponto, convém trazer à baila os bem lançados argumentos do Acórdão recorrido (vol. 27 – fls. 6.080/6.081), *in verbis*:

> *"Ora, se não houvesse dolo na conduta fraudulenta do apelado quando chefiava o COS,* ***poderia ele proceder à baixa do estoque de forma legal, a fim de ajustar a contabilidade****. No entanto, sem nem ao menos tentar justificar ou averiguar a discrepância detectada,* ***providenciou de imediato pronta reposição da carne, tanto suína quanto bovina, nos armazéns do Batalhão, pagando vultosa quantia para os padrões de um oficial superior das Forças Armadas****, numa inequívoca demonstração de responsabilidade pelo desvio dos produtos."* (grifo nosso).

Em relação à qualidade dos itens adquiridos, restou apurado o recebimento de cargas de arroz e feijão com classificação inferior à efetivamente licitada. Esse recebimento foi facilitado pela esposa do Cel OBERDAN, Cap Ex Maria de Fátima, à época Chefe do Laboratório de Inspeção de Alimentos e Bromatologia – LIAB, seção que tinha por atribuição fiscalizar a quantidade e a qualidade dos produtos adquiridos. A irregularidade foi facilmente constatada pela Ten Betina Worm, ao verificar que o arroz e o feijão possuíam classificação tipo IV e não tipo I, que deveria constar nos estoques do 3º BSup, conforme relacionados nos respectivos empenhos e notas fiscais.

O Cel Reginaldo Trindade Lisboa também confirmou esse fato, conforme se verifica de suas declarações transcritas no Acórdão recorrido, *in verbis*:

> *"que, em março de 2002, houve uma reunião dos oficiais aprovisionadores da Região e um dos pontos destacados foi concernente a arroz e feijão; que a reunião ocorreu no 3º BSup e ali foi discutido, dentre outros,* ***que o 18º Batalhão de Infantaria Motorizada de Sapucaia do Sul estava reclamando do arroz e do feijão*** *recebidos; que a Tenente BETINA foi enviada ao local, onde colheu amostras do material e levou para análise, sendo* ***constatado que o material não correspondia*** *exatamente ao tipo licitado* ***e, mais grave, que no lugar do feijão tipo 1 licitado, tinha sido entregue tipo 4;*** *que esse material havia sido recebido provavelmente pela Cap FÁTIMA, esposa do Cel OBERDAN; que, logo* ***em seguida, diversas Unidades da Região fizeram a mesma reclamação****; que esse suprimento havia sido entregue para as OMs mais ou menos em outubro de 2001; que, diante desse fato,* ***o depoente mandou fazer uma reinspeção em todo o material que estava armazenado no Batalhão, obtendo um resultado semelhante ao colhido com o material que estava em Sapucaia do Sul*** *e nas demais OMs;* ***que a Cap FÁTIMA não mais se encontrava à frente do laboratório quando esta inspeção ocorreu, mas foi chamada ao Batalhão e rapidamente entrou em contato com a INTERSUL que substituiu o material*** *(...)"* (fls. 4.208/4.230) (grifo nosso).

O Cel OBERDAN centralizava o controle de todos os atos e procedimentos relativos às aquisições da Unidade, bem assim os relatórios, inventários, históricos de lançamentos contábeis no SGS e no SIAFI, posição que lhe proporcionava a facilidade de ocultar nesses documentos as

discrepâncias decorrentes da falta e da baixa qualidade do material adquirido pela OM, de forma a induzir a Administração Militar a efetivar a liquidação dos empenhos relacionados aos produtos sequer constantes dos estoques do 3º BSup. Tal irregularidade só veio à tona após a ascensão do Maj Kober à Chefia do COS.

A participação do Civil MARIO STEFFEN, proprietário da INTERSUL Alimentos, restou plenamente confirmada nos autos, o qual se beneficiou da entrega de quantidade, a menor, dos produtos licitados ou em qualidade inferior, impondo à Administração a necessidade de compatibilizar o saldo constante no registro do SIAFI com a quantidade existente em estoque, tendo, para tanto, de lançar a Nota de Lançamento 2003NL001576, de 30 de maio de 2003, no valor de R$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), valor esse que retrata o prejuízo à época e que fora baixado do próprio SIAFI (Anexo 8 – fl. 2.253). Essa Nota de Lançamento foi expedida pelo Cel Lisboa, com base em orientação da Inspetoria Contábil e Financeira do Exército – ICFEX (Anexo 10 – fls. 2.836/2.837; 2.858/2.859).

As notas fiscais referentes à empresa INTERSUL encontram-se acostadas às fls. 2.258/2.272 do citado Anexo 8. Conforme o depoimento do 1º Ten Ex Marcos Antonio Steil, essas notas eram entregues diretamente ao Embargante OBERDAN pelo representante dessa mencionada empresa. Nesse sentido, reproduzo as declarações, *in verbis*:

> *"(...) que, efetivamente, por ordem verbal do Ten Cel Oberdan, o interrogando atestava nas notas fiscais, antecipadamente, o recebimento dos gêneros adquiridos, que eram entregues ao 3º B Sup, pela INTERSUL, posterior e parceladamente (...) que as notas fiscais atestadas pelo interrogando já vinham assinadas pelo Ten Cel Oberdan, que era o Chefe do Centro de Operações de Suprimento (COS); que o interrogando nada recebeu de qualquer pessoa para atestar antecipadamente o recebimento de gêneros pelo 3º B Sup (...) que os Cbs Jaime e Gustavo recebiam ordens diretas do Ten Cel Oberdan para recebimento de gêneros, o que posteriormente informavam ao interrogando (...) que os carregamentos de gêneros recebidos da firma INTERSUL não vinham acompanhados das notas fiscais mas, isto sim, de notas de remessa; que as notas fiscais da firma INTERSUL eram entregues pelos representantes diretamente ao Ten Cel Oberdan; que os demais fornecedores remetiam as notas fiscais juntamente com os gêneros; que a liquidação antecipada das*

notas fiscais só ocorria nos casos de gêneros adquiridos da firma INTERSUL, não tendo o interrogando efetuado nenhum atestado antecipado de recebimento de gêneros adquiridos de outros fornecedores (...) o procedimento era invertido, pois o interrogando recebia as notas para atestar depois do Chefe do COS (...) que o recebimento parcelado dos gêneros adquiridos era uma prática constante, inclusive de anos anteriores, e devida à falta de capacidade do depósito para armazenar toda a mercadoria comprada" (Vol. 17 – fls. 3.017/3.023).

Restou confirmado, ainda, o desaparecimento de documentos relevantes à identificação das irregularidades apontadas, tendo a instrução demonstrado a participação decisiva do Cel OBERDAN na destruição desses papéis, conforme depoimento do Cel Reginaldo Trindade Lisboa (fls. 4.208/4.230), *in verbis*:

> *"que o Batalhão estava sem documentação, não possuía dados guardados e, segundo testemunhas, o Cel OBERDAN havia posto fogo nessa documentação; que o sistema de gerenciamento de suprimentos, que fazia o levantamento físico do material existente, cuidadosamente, não abrangia a classe de alimentação, que depois, por sugestão da 3ª Inspetoria de Finanças do Exército, que corresponde ao controle interno regional, foi criada uma comissão para realizar esse inventário, constituída pelo Cap FERREIRA, Cap MARCO AURÉLIO e Tenente ALEXANDRE; que a orientação do controle interno era para que fossem avaliados os anos de 1998 a 2001 (...)"*.

Esse depoimento convergiu com o do então soldado Alex Sandro Behrend (fls. 575/577), prestado na fase inquisitorial, à época militar do efetivo variável do Centro de Operações de Suprimento, o qual afirmou ter o Ten Cel OBERDAN determinado ao depoente, quando de sua saída da OM, *"que destruísse os documentos do COS, que ainda restavam sobre a mesa dele"*. Tal postura revela a destreza do Cel OBERDAN em camuflar as irregularidades promovidas, destruindo documentos e lançando o recebimento dos produtos no SIAFI, de forma a dificultar eventual ação investigativa. Nesse aspecto, concluiu o Acórdão pela evidência do dolo de induzir a Administração em erro, a fim de obter vantagem ilícita por meio de documentos ideologicamente falsos.

Outra conduta grave cometida pelo Ten Cel OBERDAN, cujo escopo era assegurar o sucesso de sua empreitada na dissimulação do rece-

bimento indevido das mercadorias da Intersul, consistiu na restrição de atribuições de oficiais para essa atividade, conferindo-a a cabos e soldados, os quais, inclusive, atestavam o recebimento nas notas fiscais emitidas pela mencionada empresa. Nesse sentido, registram as declarações do 1º Ten Ex Guilherme Firpo Dal Ponte (vol. 17 – fl. 3.438), *in verbis*:

> *"(...) porque o Ten Cel Oberdan era muito enfático na orientação de que o interrogando não precisava estar presente ao recebimento das mercadorias, o que era feito pelos auxiliares da Seção, que lhe apresentavam as notas de remessa já por eles assinadas como conferidas (...) que o interrogando relatou ao Comandante, Cel Lisboa, verbalmente, sobre a sua insatisfação no tocante aos limites que lhe estavam sendo impostos na Chefia da Seção de Suprimentos Classe I, quanto ao controle das entradas e saídas de mercadorias e pelo fato de que o Laboratório estava a cargo de um superior hierárquico (...)".*

O Ten Cel OBERDAN valia-se da sua condição de Oficial Superior para coagir os demais a agirem de forma à consecução de seus interesses. O depoimento do então veterinário, à época auxiliar do Laboratório de Inspeção de Alimentos e Bromatologia (LIAB), é categórico nessa afirmação (vol. 17 – fls. 3.445/3.446), *in verbis*:

> *"(...) não participava das atividades de recebimento das mercadorias e foi somente por ocasião do afastamento do Ten Cel Oberdan que se alertou para a possibilidade de estar havendo alguma irregularidade; que o interrogando levou, então, ao conhecimento do Cel Lisboa o fato de ter assinado laudos fiscais a mando do Ten Cel Oberdan, sem ter realizado pessoalmente os exames laboratoriais, o que fez verbalmente quando o mesmo Lisboa relatou sobre o que estava ocorrendo na Unidade; (...) que o interrogando mantinha com o Ten Cel Oberdan apenas relacionamento funcional; que o referido Ten Cel tratava o interrogando com distanciamento e rispidez; que, ao receber o convite para atuar junto ao laboratório o interrogando aceitou e depois se viu constrangido diante das ordens do Ten Cel Oberdan para que assinasse os laudos fiscais já preenchidos e o fato de estarem tais laudos já assinados pela Cap Fátima, sua Superior e profissional com larga experiência, não tendo o interrogando nenhum motivo para duvidar da veracidade das informações (...)".*

A tese defensiva de que o Cel Reginaldo Trindade Lisboa sabia da entrega parcelada dos suprimentos licitados e da liquidação antecipada dos empenhos não restou demonstrada nos autos, pois, como bem aponta o Acórdão, é crível que esse Oficial tenha sido induzido a erro pelo Embargante, em face da expressão contida no verso das notas, no sentido de que o valor nelas contido *"deve ser recebido"*. Mesmo admitidos os argumentos defensivos, a circunstância mencionada não elide a responsabilidade dos embargantes, mas apenas acresceria ao polo passivo da relação processual o Cel Lisboa e outros mais que soubessem dos fatos narrados na inicial. Ademais, o argumento no sentido de ter o Cel Lisboa mentido em seu depoimento, já que sabia da mencionada entrega parcelada de alimentos, é plenamente refutável, diante da existência de provas nos autos de ter esse oficial procedido à instauração das investigações pertinentes às diferenças de estoque com o saldo existente no Sistema SIAFI (depoimento do Maj Kober – vol. 18 – fls. 3.689/3.699), logo que chegou ao seu conhecimento, levando os fatos, inclusive, ao conhecimento do Serviço de Inteligência do Exército, conforme restou consignado no Acórdão ora hostilizado. É plausível a afirmação desse Oficial quanto à possibilidade de ter sido induzido a erro pelo Ten Cel OBERDAN, no momento em que afirma que autorizar *"pagamentos devidamente liquidados pela Comissão que assim o atestava (...) não quer dizer corroborar, aquiescer com possíveis antecipações de pagamentos"* ou irregularidades levadas a efeito por esse embargante.

Por mais que se esforcem os Embargantes, suas teses defensivas se enfraquecem diante da evidência dos autos, não restando alternativa a esta Corte, por meio do Acórdão hostilizado, senão a reforma da Sentença absolutória, para condená-los nas penas cominadas do artigo 251 do CPM.

Os argumentos trazidos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, nas contrarrazões de apelação, retratam bem o comportamento do Ten Cel OBERDAN no sentido de induzir a Administração Militar em erro e obter a indevida vantagem (vol 27 – fls 5.818/5.824), *in verbis*:

> *"Não resta dúvida que o Tenente Coronel Oberdan Schiefelbein foi o **maior responsável** pela sistemática fraudulenta de pagamentos antecipados, vez que a implementou como se fosse rotina administrativa, móvel para que – diante de uma aparente desorganização – pudesse concentrar em suas mãos o efetivo controle do recebimento, do pagamento e até do nível*

de estoque de gêneros, fatores primordiais para a lesão causada ao erário e, ainda mais, para que o locupletamento pudesse perdurar por razoável interregno de tempo. A prova carreada aos autos também deita por terra a afirmativa do Tenente-Coronel Oberdan Schiefelbein, no sentido de que a denominada 'liquidação antecipada' era uma prática adotada por imposição do Comando, ou por necessidade administrativa (limite de tempo, às vezes constante de Nota de Crédito).

Como dito alhures, tem o Ministério Público Militar que essas reiteradas falsidades ideológicas foram meio para a prática de delito patrimonial, no caso estelionato em desfavor da Administração Militar, pelo que impetrou recurso próprio, visando condenação do ora apelante e de comparsa, por tal conduta delituosa.

(...)

Já quanto ao Tenente-Coronel Oberdan, se vê que o mesmo é peça central do esquema de liquidação antecipada, que ***não era prática costumeira da Unidade Militar****, somente ocorrendo em operações comerciais capitaneadas pelo acusado Mário Steffen, com nítida vantagem à empresa do mesmo. Tal prática era levada a efeito e controlada pelo Tenente-Coronel Oberdan Schiefelbein."* (grifo nosso).

É importante frisar a parte do então Chefe da Seção de Patrimônio do 3º B Sup, Capitão Marco Aurélio Trindade Netto, datada de 9 de agosto de 2002, dirigida ao Maj Kober, sucessor do Ten Cel OBERDAN, cujas declarações foram aproveitadas pelo órgão acusatório nas razões de apelação (Vol 27 – fls. 5.844/5.866), *in verbis*:

"Apesar da dificuldade do controle neste período a Seção mensalmente recebia as partes como saldos em estoque por conta-corrente, das Classes de Suprimento, e mantinha um acompanhamento de eventuais divergências. No entanto tais divergências por determinação do chefe do COS não deveria constar do relatório de prestação de contas mensal e nem no Relatório de Tomada de Contas Anual.

(...)

10) Eu, como Chefe da Seção de Patrimônio neste período, sob a Chefia do Ten Cel Oberdan, tinha ciência que as divergências SIAFI>SGS era uma irregularidade que poderia denotar desde incompetência administrativa das Classes em gerencia-

rem seus estoques a até fatos mais graves dos quais na época não tinha como provar. Só me senti suficientemente seguro para discutir as irregularidades mencionadas após a transferência do Ten Cel Oberdan e a assunção como Chefe do COS o Maj Kober." (grifo nosso).

E prossegue o Ministério Público Militar em suas contrarrazões recursais (vol 27 - fls. 5.846/5.866), *in verbis*:

> *"Em documento firmado no início do ano de 2002, o então Chefe da Seção de Patrimônio, o mesmo Capitão Marco Aurélio Trindade Netto, relata ao Chefe do COS as divergências encontradas quando do fechamento do exercício de 2001, deixando registradas* ***as gritantes diferenças*** *entre os valores relativos a quantidade de gêneros existentes no estoque e os valores relativos a quantidade estoque de gêneros constantes do saldo no SIAFI.*
>
> *(...)*
>
> *De ser citado, também, que as sugestões apontadas pelo referido oficial (itens I a VI acima transcritos), visando 'regularizarmos o saldo existente no SIAFI, com o estoque físico', 'no mais curto prazo possível', 'face a gravidade do acima exposto', foram seguidas, sendo levado a efeito o inventário de todos os gêneros da Classe I do 3º batalhão de Suprimentos, o que só foi encerrado no ano de 2003, gerando, quando se chegou, então a uma* ***efetiva diferença de R$ 211.445,16*** *(duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais com dezesseis centavos).*
>
> *(...)*
>
> *Somente com a saída de tal militar da OM, quando foi desmontada a sua 'equipe', este controle paralelo ficou prejudicado vindo a tona uma série de divergências de lançamentos nos SGS. De se ver que, nos exercícios financeiros anteriores à saída do Tenente-Coronel Oberdan do 3ª BSup, o saldo do SGS – no final do ano – fechada com o saldo do SIAFI, pois era repassado para a Classe I o valor do SIAFI e eram lançados no SGS, por exemplo, mercadoria liquidada e ainda não recebida.*
>
> *Dos autos se vê que o fechamento do exercício do ano de 2001 foi um momento absolutamente crítico para a Unidade Militar, tendo em vista o afastamento, fazia pouco tempo, do Tenente-Coronel Oberdan da OM. O inventário da Classe I estava em andamento, sem descurar-se, aqui, que* ***o 3º Batalhão de***

***Suprimento é o maior órgão provedor do Brasil**, missão que não poderia deixar de desempenhar para – parando suas atividades – 'contar' a imensidade de gêneros que tem depositados. A carne bovina, por exemplo, já contada àquela época, apontou para mais de dez toneladas de falta...*

(...)

Não há nos autos, em qualquer local, o mínimo indício de que a nova administração do 3º Batalhão de Suprimentos tivesse qualquer intenção de burlar a lei, ou cometer qualquer tipo de ilegalidade. Todo o efetuado foi às claras, com o pleno conhecimento do órgão superior – Comando da 3ª Região Militar – e do órgão de controle – 3ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças do Exército, tendo objetivo bem delineado: resolver a brutal divergência entre o valor do estoque físico e o valor contábil lançado no SIAFI, fruto da fraude e engodo que o grupo capitaneado pelo acusado Oberdan Schiefelbein, às esconsas e por anos a fio, praticou em detrimento do patrimônio sob Administração Militar.

(...)

*Como já dito, **'todas as circunstâncias que culminaram com a Nota de Lançamento que acertou a diferença entre o estoque físico do Suprimento Classe I e o SIAFI, já no ano de 2003, por falta de gêneros nos depósitos do 3º Batalhão de Suprimentos, tiveram seu início muito tempo antes: na gestão do Tenente-Coronel Oberdan Schiefelbein à frente do Centro de Operação de Suprimento**', notadamente porque restou '**comprovado que o acusado Tenente-Coronel Oberdan Schiefelbein foi o <u>maior responsável</u> pela sistemática fraudulenta de pagamentos antecipados, vez que a implementou como se fosse rotina administrativa, móvel para que – diante de uma aparente desorganização – pudesse concentrar em suas mãos o efetivo controle do recebimento, do pagamento e até do nível de estoque de gêneros, fatores primordiais para a lesão causada ao erário e, ainda mais, para que o locupletamento pudesse perdurar por razoável interregno de tempo**'.*

(...)

Para o Ministério Público Militar não existe qualquer dúvida que o acusado Tenente-Coronel <u>Oberdan</u> Schiefelbein é o mentor principal de toda atividade delituosa retratada nos autos.

Como dito na denúncia, 'tinha por hábito, regular e sistemático, fazer liquidação de despesas sem que o objeto de aquisição, conforme descrito na Nota de Empenho correspondente, tivesse sido efetivamente entregue, ocorrendo, daí, que os artigos do Quantitativo de Subsistência adquiridos pelo 3º B Sup estavam sendo liquidados e pagos sem o efetivo recebimento dos gêneros (...) Tal sistemática (...) causou, propositadamente, grande divergência patrimonial entre o Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI) E O Sistema de Gestão de Suprimentos (SGS), tendo em vista que as mercadorias, ainda que não recebidas, necessitavam ser contabilizadas no SIAFI para que fossem pagas, mas não poderiam, justamente por não terem sido entregues, ser contabilizadas no SGS (...) a conduta acima descrita, de liquidação antecipada das Notas Fiscais, possibilitou que as mercadorias, embora pagas, não fossem efetivamente recebidas pela unidade militar, acarretando locupletamento da diferença dos valores (...)'.

(...)

Consta dos autos robusto conjunto probatório, a demonstrar a efetiva responsabilidade penal do acusado; deles se vê que a materialidade do delito de estelionato encontra-se cabalmente demonstrada. No que tange à autoria, verifica-se não haver qualquer dissenso nos elementos de prova levantados durante a instrução criminal. Embora o acusado não tenha confessado a infração, a prova documental, a prova pericial e a prova testemunhal apontam para a mesma direção: a efetiva responsabilidade penal do acusado Tenente-Coronel Oberdan Schiefelbein.

(...)

Cite-se, n'outro sentido, que a atuação do acusado Tenente-Coronel Oberdan Schiefelbein só teve êxito e perdurou por uma série de fatores, dentre os quais devem ser elencados:

- Era o chefe do COS e Subcomandante da Unidade Militar;

- Efetivamente restringia o acesso dos oficiais ao comandante da Unidade Militar.

- Restringia a aproximação de seus subordinados, particularmente dos oficiais, em função de sua personalidade instável e fechada.

- Desestimulava a que seus oficiais se aprofundassem nas questões funcionais, dificultando a formação de opinião abalizada sobre divergências e de possíveis irregularidades internas.

- Centralizava a gerência das aquisições de suprimento das diversas classes, da manutenção das instalações do Órgão Provedor (OP), da manutenção das câmaras frigoríficas, da chefia quase permanente das Comissões de Licitação, aliadas à chefia do COS, a função de SubCmt e, até mesmo, com a de Comandante da Unidade Militar.

- Imprimiu uma gestão caracterizada pela aversão à formalização de atos administrativos, tais como partes, relatórios, controles, etc, de forma a deixar pistas, vestígios ou provas de sua atividade.

Insistiu uma permanente quebra da cadeia de comando, assessorando e sendo assessorado diretamente pelos auxiliares das repartições subordinadas, alijando seus chefes (oficiais) do exercício cabal de suas funções.

(...)

Como já dito alhures, temos que o delito efetivamente praticado foi o de estelionato, em desfavor da Administração Militar; em relação ao delito de falso, amplamente majoritário é o entendimento de que, quando a falsidade é crime meio para a realização do crime fim, representado pelo estelionato, aplica-se o princípio da consunção (Súmula nº 17/STJ). É, também, o caso dos autos." (grifo nosso).

Não é demais ressaltar o pronunciamento da Procuradoria-Geral da Justiça, exarado no Parecer da lavra de seu Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, *in verbis*:

"Induvidoso o dolo de obter vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar, em razão do lucro indevido da empresa dirigida pelo segundo Embargante, Mario Steffen, não houvesse malícia, teria advertido o TC Oberdan da impossibilidade do pagamento pela inadimplência da contratada. O conluio é incontestável, declara o Acórdão, ao causarem os Embargantes, sistematicamente, descontrole fiscal para a Administração Militar, do qual se valeram, para obter vantagem indevida.

A prova testemunhal é robusta e suficiente para a convicção de que, após a assunção do Embargante Oberdan, os fatos imputados começaram a correr de forma reiterada e sistemática.

O pagamento de vultosa quantia para a reposição de carne bovina e suína é indício veemente de que agira ilegalmente, visto que poderia, com oportunidade e sem dispêndio de recursos, ajustar a contabilidade de forma legal.

(...)

Sabença geral que os crimes contra o erário, nas diversas formas de delitos contra o patrimônio ou contra administração, valem-se da aparente fidelidade dos documentos relacionados aos atos praticados, não sendo decisivo que exames, laudos e perícias não encontrem vestígios do alcance." (Vol. 30 – fls. 6.808/6.814).

No mesmo raciocínio, o *Custos Legis*, ao expor sua manifestação, por ocasião do julgamento da Apelação, frisou que somente seria possível dizer que não houve estelionato se a própria sentença tivesse dito que ninguém se beneficiou em razão dos fatos objetos deste feito. Contudo, não foi o que ocorreu, haja vista ficar consignado que alguém foi beneficiado (vol. 27 – fls. 5.956/5.964).

Os Embargantes amparam sua defesa no Relatório da Tomada de Contas do Tribunal de Contas da União – TC nº 014.032/2006-5, realizada no âmbito do 3º B Sup, referente ao exercício 2001, cuja conclusão foi a ausência de prejuízo ao erário, relacionada à falta de seis toneladas de carne bovina nos estoques do Depósito de Suprimento, condenando o Cel OBERDAN pela prática de ato de gestão irregular, consistente na liquidação antecipada de despesas referentes ao Empenho 2001NE90063, de 20 de março de 2001 (vol. 29 – fls. 6.693/6.744).

É de se notar que o Acórdão do Tribunal de Contas da União apenas acolheu os argumentos defensivos com base na presunção de ausência de prejuízo ao erário, considerada a entrega da mercadoria em data posterior à da tomada de contas. É importante frisar ter o TCU isentado o Cel OBERDAN apenas em relação à quantidade de seis toneladas de carne que teria sido posteriormente entregue no 3º Dep Sup, deixando de apreciar os demais itens alimentícios que não deram entrada nessa OM, tanto que lhe impôs a multa pelas irregularidades administrativas. Assim, a conclusão lançada no Acórdão da Corte de Contas não afasta, em definitivo, a hipótese de ausência de prejuízo ao Erário em relação aos outros itens alimentícios adquiridos da empresa INTERSUL. Ademais,

a conclusão da Corte de Contas não vincula esta Justiça Criminal Especializada, em face do princípio da independência das instâncias. Nesse sentido, trago à colação o julgado *in verbis*:

> *"EMENTA: AÇÃO PENAL. CRIMES DE FRAUDE A LICITAÇÃO E DE QUADRILHA. CONCURSO DE PESSOAS. QUESTÃO DE ORDEM:* ***SOBRESTAMENTO DA AÇÃO ATÉ DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO****. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINARES: ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAMENTO DE RÉUS SEM PRERROGATIVA DE FORO: DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE NULIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NULIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL AUTORIZADA PELO STJ, VÍCIO NA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE E DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. AÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.* ***1. Decisão do Tribunal de Contas da União não constitui condição de procedibilidade de crimes de fraude à licitação e quadrilha. Pelo princípio da independência das instâncias, é possível que a existência do fato alegadamente delituoso e a identificação da respectiva autoria se definam na esfera penal sem vinculação com a instância de controle exercida pelos Tribunais de Contas. Questão de ordem resolvida no sentido de não condicionar a procedibilidade dos delitos imputados aos Réus a futura decisão do Tribunal de Contas da União (...) 7. A circunstância de o Tribunal de Contas aprovar contas a ele submetidas não obsta a persecução penal promovida pelo Ministério Público e a responsabilização penal dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiro público. Admitir-se o contrário, importaria em subtrair à jurisdição do Poder Judiciário o julgamento de crimes, ficando essa atribuição afeta a órgãos que apenas detêm competência político-administrativa*** *(...) 12. Ação Penal julgada parcialmente procedente."* (grifo nosso).
>
> (AP 565, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 8/8/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 22/5/2014 PUBLIC 23/5/2014).

Não resta dúvida de terem o Cel OBERDAN e o Civil MÁRIO STEFFEN causado um prejuízo de R$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), conforme restou apurado no Laudo Pericial Contábil (vol. 23 – fl. 5.090), Nota de Lançamento 2003NL001576, atestando inveridicamente o recebimento de mercadorias que sequer entravam nos depósitos do 3º B Sup, além de receberem mercadorias em quantidade ou qualidade inferiores ao efetivamente licitado.

Com relação ao Civil MÁRIO STEFFEN, além dos argumentos exaustivamente apresentados neste julgado, a sua participação restou reconhecida até mesmo pela Sentença proferida pelo Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM, cujo dolo de fraudar a Administração Militar restou comprovado nos autos. Conforme se apurou, esse Embargante consentiu em apor nas notas fiscais descritas informações acerca da quantidade dos itens entregues no Depósito de Suprimentos, as quais não condiziam com a realidade, pois eram entregues em quantidade ou qualidade inferiores às efetivamente licitadas e contratadas pela Administração. É importante frisar que o êxito da conduta perpetrada pelo Cel OBERDAN deveu-se em sua integralidade à valiosa colaboração do representante da INTERSUL, senhor MÁRIO STEFFEN, cuja responsabilidade pela prática do delito de estelionato salta aos olhos deste julgado.

Reportando-me às alegações trazidas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, em suas contrarrazões, o Ten Cel OBERDAN, como Chefe do COS e Subcomandante da OM, restringia o acesso dos oficiais ao Comando da OM, restringia a aproximação de seus subordinados, particularmente de Oficiais, em função de sua personalidade instável e fechada, desestimulava que seus oficiais se aprofundassem em questões funcionais, de forma a não externar opiniões abalizadas sobre divergências e de possíveis irregularidades internas. Ademais, centralizava a gerência das aquisições de suprimento das diversas classes, da manutenção das instalações do Órgão Provedor (OP), da manutenção das câmaras frigoríficas, da chefia quase permanente das Comissões de Licitação, aliadas à chefia do COS, a função de Sub Cmt e, até mesmo, com a de Comandante da Unidade Militar. Imprimia uma gestão caracterizada pela aversão à formalização de atos administrativos, tais como partes, relatórios, controles, etc., de forma a não deixar pistas, vestígios ou provas de sua atividade. Finalmente, incorria em permanente quebra da cadeia de comando, assessorando e sendo assessorado diretamente pelos auxiliares das repartições subordinadas, alijando seus chefes (oficiais) do exercício cabal de suas funções.

No tocante ao pedido alternativo de redução da pena imposta, entendo que tal pretensão também não merece prosperar, tendo em vista o Acórdão hostilizado se atentar para as circunstâncias em que se deram os fatos, a intensidade do dolo e repercussão negativa no seio da tropa, razão pela qual se fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão, na forma do artigo 69 do CPM, bem assim aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Da mesma forma, a agravante constante no inciso II do § 2º do artigo 53 do CPM foi imposta em patamar razoável de 1/5 (um quinto) e, na mesma proporção, a causa de aumento prevista no § 3º do artigo 251 do citado Diploma Penal Castrense, para definir a pena em 5 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, como incurso no artigo 251, § 3º, c/c o artigo 53, § 2º, inciso II, ambos do CPM. Igualmente, em relação ao Civil MÁRIO STEFFEN, o Acórdão hostilizado sopesou com a devida cautela as circunstâncias judiciais do artigo 69 do CPM, levando-se em consideração a gravidade da ação perpetrada, o elevado grau de desrespeito aos bens e valores pertencentes à União, maculando a imagem das Forças Armadas no meio empresarial. Por essa razão, acertada foi a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em 4 anos e 1 mês de reclusão, a qual se tornou definitiva em face da ausência de agravantes e atenuantes ou de circunstâncias majorantes e minorantes. **Diante do exposto**, e superada a preliminar de nulidade, no mérito, rejeito os Embargos Infringentes, para manter irretocável o Acórdão guerreado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade arguida pelos Embargantes. **No mérito, por maioria de votos**, em rejeitar os Embargos opostos pela Defesa, para manter irretocável o Acórdão recorrido.

Brasília, 16 de dezembro de 2014 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR
EMBARGOS Nº 2-73.2003.7.03.0103-RS

Compulsando os autos e analisando o acervo probatório colacionado, não consegui vislumbrar com a necessária certeza que os Embar-

gantes atuaram com o dolo próprio do Estelionato; assim, votei divergente de meus pares para fazer prevalecer o bem lançado voto do Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, que transcrevo e utilizo como minhas razões de decidir:

> *"No mérito, divergi da maioria dos meus pares no que concerne à condenação dos Acusados Ten Cel Ex OBERDAN SCHIEFELBEIN e Civil MARIO STEFFEN, respectivamente, à pena de 5 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, como incurso no art. 251, § 3°, c/c o art. 53, § 2º, inciso II, ambos do CPM, e à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, como incurso no art. 251 do mesmo diploma legal.*
>
> *Assim,* concessa venia *dos que entenderam diversamente, não extraí do contingente probatório a certeza de que os Acusados OBERDAN e MÁRIO atuaram com o dolo próprio do Estelionato, isto é, que tenham procedido, na hipótese, com a vontade livre e consciente de enganar a Administração Militar, com o propósito de obter vantagem ilícita; mais que isso, sequer pude ver no caderno de provas, sem sombra de dúvida, que a Administração Militar tenha sido efetivamente lesada e que, na esteira disso, tenham os Acusados se beneficiado de qualquer forma.*
>
> *É certo que o próprio Acusado OBERDAN SCHIEFELBEIN reconheceu tanto na fase investigatória como na* persecutio in judicio *que assinava efetivamente os documentos de recebimento de bens diversos 'para entrega futura', embora ressalvando que assim o fazia com o conhecimento do Comando e com o intuito de preservar o interesse da própria Administração (bens perecíveis, carência de local para estocagem etc.).*
>
> *É correto também que o Acusado MARIO STEFFEN admitiu que, embora formalizado o fornecimento integral, sua empresa fazia 'entregas parceladas' dos bens adquiridos em uma única oportunidade pela Administração, aduzindo, em essência, que tanto ocorria 'às claras' e com o intuito de atender às necessidades periódicas de consumo das Organizações Militares da área e à capacidade de armazenamento do 3° Batalhão de Suprimento.*
>
> *Porém, também não se negue que – não só pelo seu vulto, como também pela sua sistemática – as operações mercantis realizadas com a empresa INTERSUL não eram do conhecimento exclusivo dos* ***Acusados*** *OBERDAN e MÁRIO, até porque demandantes da intervenção, para seu termo, de diversos oficiais e*

praças dentro da cadeia de comando; e tanto se confirma pela vasta prova testemunhal e pelos depoimentos dos demais militares que também foram denunciados: Cap MARCOS ANTÔNIO STEEL, Ten GUILHERME FIRPO DAL PONTE, Cap MARIA DE FÁTIMA SCHIEFELBEIN e Ten PAULO SÉRGIO PANIZ.

No ponto, pois, não cabe dizer, ***com certeza****, que* ***os Acusados*** *OBERDAN e MÁRIO, em comunhão de ideias e desígnios, teriam induzido e mantido em erro o Comando do 3° DSup, 'mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento'. Precisamente a respeito, ditou a* ***Sentença*** *o* ***que*** *segue,* in verbis*:*

> *'A fórmula mais simples que encontramos para a abordagem da matéria é a básica, ou seja, o crime de estelionato resume-se em quatro elementos: meio fraudulento + erro + vantagem ilícita + lesão patrimonial.*
>
> *O meio fraudulento está materializado nas falsas declarações apostas no verso das notas fiscais enumeradas no anexo I da denúncia, com os dizeres "os artigos foram recebidos e satisfazem as exigências legais" (vol. I, fls. 25/54).*
>
> *Os acusados de terem efetuadas essas declarações falsas de recebimento fictício foram os TC OBERDAN, Cap STEIL e o Ten DAL PONTE. Todos esses réus nominados admitiram que agiram dessa forma, tomando certas, portanto, a autoria e a materialidade do crime de falso (vol. XV, fls. 3005 e 3017 e vol. XVII, fls. 3434).*
>
> *O segundo elemento do crime de estelionato é o erro e a pessoa induzida ao engano seria quem autorizou as ordens bancárias, a partir das declarações fictícias apostas nas notas fiscais.*
>
> *No caso, o principal seria o Ordenador de Despesas, o Comandante Cel NUNES, conforme se observa pelo rol de responsáveis indicados na Tomada de Contas realizadas no 3° Batalhão de Suprimento (Apartado II, volume I, fl. 112).*
>
> *O Cel NUNES, no entanto, não admitiu a possibilidade do pagamento antecipado e entrega parcelada, dizendo que autorizava o pagamento acreditan-*

do que os artigos tinham sido recebidos (vol. XDC, fls. 3955).

Porém, sua afirmação não se compatibilizou com a prova documental e testemunhal. Veja-se, por exemplo, o Processo de Despesa Realizada (PDR) nº 176, onde o pagamento foi efetuado em 26/out/00 e recebimento de leite em pó, café e açúcar ocorreu em mais de uma parcela, com datas diferentes, assinaladas nos laudos fiscais pelo Comandante Cel NUNES (vol. VI, fls. 1099/1221).

Considerando o intervalo de tempo que decorreu entre o pagamento e os diversos laudos fiscais em que atestou, no verso, que o produto "deve ser recebido", a conclusão é a de que o Comandante tinha conhecimento das entregas parceladas.

Observe-se que os laudos fiscais fazem referência ao número do empenho e a outros dados da aquisição, facilitando a sua identificação, o que torna difícil acreditar que o Cel Nunes desconhecesse a sistemática das entregas parceladas.

O mesmo se diz em relação ao Cel Lisboa, que o sucedeu no Comando, pois, observando-se o PDR 0024, constata-se que o café e o açúcar foram recebidos em mais de uma parcela (vol. VI, fls. 1191/1221 e 1258/1292).

O depoimento do acusado MÁRIO STEFEN, da empresa INTERSUL que, segundo disse, fornece gêneros alimentícios a Organizações Militares desde 1972, deixou claro que ocorreu o pagamento antecipado e que essa sistemática também era realizada com outras Organizações Militares, explicando que os motivos, além da falta de capacidade dos armazéns, eram as demoras na liberação dos recursos:

"...que a firma do interrogando, depois de sofrer diversos atrasos no pagamento de mercadorias adquiridas por Organizações Militares, passou a solicitar a apropriação antecipada das notas fiscais, embora tal apropriação não significasse sempre imediato recebimento do dinheiro, mas funcionando como um cri-

tério de preferência na fila de pagamentos..." (vol. XVII, fls. 3466).

A testemunha Maj AÍRTON KOBER, que assumiu a chefia do COS (Centro de Operações de Suprimento), depois da saída do TC OBERDAN mencionou, inclusive, que teve conhecimento que a empresa INTERSUL fosse designada fiel depositária:

" ...o depoente teve conhecimento de que a empresa Intersul fosse designada como fiel depositária de gêneros adquiridos pelo Batalhão, sucedendo que, por orientação da 3ª RNL tal procedimento foi descartado..." (vol. XVII, fls. 3698).

A testemunha também falou sobre o problema da capacidade dos armazéns:

"...soube que a limitação do espaço físico para armazenagem dos gêneros era usada para justificar a quitação antecipada de notas fiscais, mas tal problema poderia ser facilmente solucionado mediante a adoção de entregas programadas constantes em edital e em contrato, como passou a ocorrer a partir de 2002." (vol. XVIII, fls. 3698/3699).

Restou claro, diante das provas acima citadas, que a sistemática de liquidação antecipada era urna realidade conhecida do Comandante e que o mesmo não foi enganado.' (fls. 572715729)

Por outro lado, em que pese o detalhamento e a grandiloquência da ***Denúncia****, ao fim da instrução criminal não restou cabalmente definida e provada a materialidade do delito de* ***Estelionato*** *imputado aos* ***Acusados*** *OBERDAN e MÁRIO, conforme bem definiu a* **Sentença a quo** *no seguinte fragmento,* ipsis litteris*:*

'O terceiro elemento do crime de estelionato é a vantagem ilícita. O patrimônio do réu TC OBERDAN foi considerado justificado, segundo a conclusão do Auditor da Receita Federal:

"Pelo que pudemos constatar, as aquisições e a construção de imóveis realizadas pelo contribuinte, no período fiscalizado, foram suportadas, principalmente,

por alienações de outros imóveis..." (Anexo II, vol. IV, pág. 968).

A quebra dos sigilos fiscal e bancários dos acusados, autuada como medida cautelar, estabeleceu uma lide paralela com dez volumes, mas nada revelou de consistente para poder-se afirmar se houve ou não vantagem ilícita, por parte de qualquer um dos acusados.

O quarto elemento do crime de estelionato é o prejuízo e, nesse aspecto, o defensor do TC OBERDAN demonstrou, item por item, que as mercadorias foram integralmente recebidas, enumerando em planilhas os laudos fiscais, as guias de remessa, as guias de transferência, os lançamentos no SIAFI, as notas fiscais, as justificativas dos Comandantes das Unidades apoiadas, em brilhante e incansável trabalho (vol. XXV, fls. 5237/5507).

Assim, pela ordem da denúncia, com relação ao empenho 99NE000140, relativa ao arroz polido, veja-se a planilha constante na folha 5301, volume XXV das alegações finais e os documentos ali indicados; em relação ao empenho 1999NE00175, relativo ao creme vegetal, veja-se a planilha constante na folha 5318 e a relação de ofícios na folha 5326; com relação ao empenho 199NE000197, relativo ao creme vegetal, veja-se a planilha constante na folha 5329 e os ofícios constantes na folha 5335; relativo ao empenho 2000NE000383, relativo ao açúcar refinado, veja-se a planilha constante na folha 5344, assim prosseguindo as alegações escritas, demonstrando que as mercadorias foram recebidas.

A relação de documentos elaborada pela defesa em suas planilhas, embora não seja prova plena para efeitos de considerar-se como entregues todas as mercadorias nas organizações militares ali indicadas, constitui-se em início de prova suficiente para o estabelecimento de dúvida, especialmente se avaliada em conjunto com a prova testemunhal.

Exemplificando-se, veja-se o que disse o então Chefe da Seção de Suprimento do Escalão Logístico da

3° Região Militar, como a maioria das outras testemunhas:

"...o depoente não teve conhecimento à época dos fatos de que as despesas do 3° B Sup tivessem sido liquidadas e pagas sem que a mercadoria tivessem sido plenamente recebidas..." (vol. XXI, fls. 4327).

Outra testemunha: "...o depoente nunca teve conhecimento de que as Unidades apoiadas pelo 3° BSUP reclamassem pela falta de gêneros..." (vol. XXI, fls. 4327).

A investigação do encarregado do inquérito, se comparada ao trabalho da defesa, foi simples, pois somente levou em consideração os laudos fiscais que atestaram o recebimento da mercadoria.

Isso não leva a crer, contudo, que houve ocultação intencional de prova, como sugeriu a defesa do TC OBERDAN.

E incontroverso, no entanto, que entre os anos de 1999 e 2001, o 3º Batalhão de Suprimento arcou com prejuízo, seja no valor de R$ 211.445,16, que deu origem ao acerto contábil, em 30 de maio de 2003, através da Nota de Lançamento nº 1576, na TCA/2002 (Tomada de Contas Anual de 2002, Anexo I vol. VII, fls. 2296, 2301, 2416/2417), seja no valor de R$ 299.838,82, segundo se apurou na Tomada de Contas Especial (Apartado II, fl. 120).

Esses valores se referem a uma defasagem histórica, resultante da divergência entre o valor constante no SIAFI e o montante em estoque na Classe L comparado com os dados constantes no (SGS) Sistema de Gerenciamento de Suprimento (fls. 119/120).

Essa defasagem histórica teria ocorrido contando-se do ano de 2001 para trás, conforme esclareceu a testemunha NALMIR:

"...A comissão, ao concluir em meados de 2003 pela existência de uma falta de mercadorias no estoque de aproximadamente R$ 200.000,00, levou em consideração os exames da documentação existentes até cinco 5 anos atrás ... embora não fosse passível

determinar o ano em que teriam ocorrido..." (vol. XVII, fls. 3514).

Seja qual for o resultado do cálculo, percebe-se que estão muita abaixo daqueles valores inicialmente referidos na denúncia, que somam uma importância superior a R$ 1.100.000,00.

Deve-se destacar que as planilhas elaboradas pela defesa do TC OBERDAN estão relacionadas aos empenhos descritos na denúncia, sem vinculação com a defasagem histórica de R$ 211.445,16 antes mencionada.

Os prejuízos decorrentes dessa 'defasagem histórica' devem ser relativos a outros empenhos, sem que se possa determinar o ano em que ocorreram, ou a que mercadoria se referiram, como afirmou a testemunha NALMIR em seu depoimento antes citado.' *(fls. 573415735)*

Ora, renovada vênia, da reapreciação da prova nada ressai que justifique reparos ou achegas na Sentença hostilizada quanto à absolvição de OBERDAN e MÁRIO.

Não se pode e nem se deve prestigiar a conduta dos Acusados na espécie, sobretudo a de OBERDAN, eis que colocou em risco o interesse da Administração, na medida em que os bens atestados 'como recebidos' poderiam, por razões diversas, jamais ter sido entregues.

Contudo, não se pode e nem se deve também – ainda que ***a partir da justa indignação com essa sua censurável e temerária conduta de colocar em risco o interesse da Administração – condenar os Acusados*** *OBERDAN SCHIEFELBEIN e MÁRIO STEFFEN pela prática de um delito de Estelionato, que, como visto, não restou suficientemente delineado e provado.*

Pelas razões expostas, votei no sentido de manter o Decisum a quo*, na parte em que absolveu os Acusados OBERDAN SCHIEFELBEIN do crime previsto no art. 251, § 3°, c/c o art. 53, § 2°, e MÁRIO STEFFEN do crime previsto no art. 251, todos do CPM."* (grifo nosso).

É o *quantum satis*. Assim, votei vencido para acolher os Embargos, reformar o acórdão e manter a Decisão na parte em que absolveu os

Acusados OBERDAN SCHIEFELBEIN, Ten Cel Ex, do crime previsto no art. 251, § 3°, c/c o art. 53, § 2°, inciso II, e MÁRIO STEFFEN, civil, do crime previsto no art. 251, todos do CPM.

Superior Tribunal Militar, 16 de dezembro de 2014.

Dr. Olympio Pereira da Silva Junior
Ministro-Revisor

Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 164-84.2014.7.00.0000-DF

Relator – Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Impetrante – Diogo Alves Verri Garcia de Souza, Civil.

Advogados – Drs. Marlon Tomazette, Gabriel de Britto Campos e Tathiana Conde Villeth Cobucci.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE JUIZ-AUDITOR SUBSTITUTO. PROVA DE SENTENÇA. ERRO MATERIAL. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. No que se refere ao pedido de atribuição das notas integrais, o pleito não merece prosperar. Ao Judiciário não se figura lícito imiscuir-se nos critérios de avaliação efetivados pela instituição realizadora do concurso público, muito menos lhe é facultado ingressar no mérito de correção da prova respectiva, pelo que a segurança, quanto a esse pleito, deve ser denegada. Situação diversa, no entanto, diz respeito quanto ao pedido para que lhe sejam atribuídos os pontos decorrentes de anulações. Ao prescrever que seja sanada a falha ocorrida, o Poder Judiciário não estará atuando para proceder à reavaliação da correção das provas realizadas, mas, tão somente, determinando que se corrija erro material aferível de plano e de modo objetivo. É importante ressaltar que não se cuida aqui de controle de mérito,

nem de substituição da valoração reservada à banca examinadora. Trata-se, isto sim, de controle de legalidade, sendo, pois, permitido ao Judiciário exercê-lo em toda a sua plenitude. Ordem parcialmente concedida. Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, em face do inequívoco cometimento de erro no lançamento da nota definitiva do impetrante, concedeu parcialmente a Segurança, para que se proceda à revisão administrativa da prova de sentença P3 do candidato Diogo Alves Verri Garcia de Souza, atribuindo-lhe a pontuação decorrente da anulação dos subitens 2.10, 2.11 e 2.12 do espelho de correção. Por fim, o Tribunal, **por unanimidade**, estabeleceu, ainda, que seja assegurado ao Impetrante o direito de participar da terceira etapa do certame, com o oportuno agendamento para a realização dos exames psicotécnico e de sanidade física e mental, sindicância da vida pregressa e investigação social, avaliação de títulos e, finalmente, da inscrição definitiva, mantendo-se, *in totum*, a liminar anteriormente prolatada. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e José Barroso Filho não participaram do julgamento.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. 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, 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, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausente, justificadamente, o Ministro William de Oliveira Barros. (Extrato da Ata da 92ª Sessão, 25/11/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por DIOGO ALVES VERRI GARCIA DE SOUZA, candidato ao concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva relativos ao cargo de Juiz-Auditor Substituto da Justiça Militar da União.

O impetrante apontou como autoridades coatoras o Presidente da Comissão Examinadora do certame – Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA – e o Sr. PAULO HENRIQUE PORTELA DE CARVALHO, Diretor-Geral do CESPE/UnB, requerendo a concessão de liminar, *inaudita*

altera parte, pleiteando (fls. 02/22) *"[...] o direito à participação nas demais etapas do certame, haja vista a proximidade da data limite para inscrição no concurso; assegurando que o ora impetrante não seja eliminado do concurso até o trânsito em julgado do presente mandado de segurança"*.

No mérito, pugnou pela atribuição das notas integrais referentes aos itens 2.14 e 2.2, por entender que teria sido atendido o que se exigia no espelho de correção e por crer que a nota dada não corresponderia ao seu desempenho. Afirmou, ainda, que a Comissão de concurso, em que pese ter determinado a anulação dos subitens 2.10, 2.11 e 2.12 do espelho de correção, não acrescentou tal pontuação em sua nota da prova de sentença, pelo que o resultado deveria ser retificado.

O pedido foi encaminhado a esta Corte por meio da petição de fls. 02/22 e vem instruído com os documentos acostados às fls. 23/141.

Pela decisão de fls. 145/146, determinei a notificação das autoridades apontadas como coatoras, reservando-me ao direito de apreciar o pedido após a apresentação das informações.

Foi dada ciência à Advocacia-Geral da União (fl. 154), a qual não se manifestou, nem tampouco solicitou ingresso no feito.

O Presidente da Comissão do Concurso Público de Juiz-Auditor Substituto, o Min. Dr. José Coêlho Ferreira, por intermédio do Ofício nº 07/CCPJAS (fls. 156/162), asseverou que houve erro material na apropriação da planilha de notas finais, em decorrência do que não foram atribuídos alguns pontos decorrentes da anulação de subitens da prova prática de sentença (subitens 2.10, 2.11 e 2.12), o que teria ocasionado prejuízo ao Candidato.

Ressaltou, ainda, que estavam sendo tomadas as medidas cabíveis para a resolução do problema. E, por fim, aduziu que *"não houve, por outro lado, a prática de ato arbitrário, ilegal ou abuso de poder a ser combatido, nem qualquer violação de direito líquido e certo do Impetrante, tendo sido proporcionais às notas atribuídas aos itens 2.14 e 2.2 da prova prática de sentença (P3), pelo que esta Autoridade solicita, quanto a esse tópico, seja denegada a segurança pleiteada"*.

O Diretor Executivo do CESPE/UnB, por intermédio do Ofício UG 154079 (fl. 165), reiterou o posicionamento firmado pelo Ministro-Presidente do CCPAJ, afirmando que *"constatou-se que houve erro material na apropriação da planilha de notas finais, em decorrência disso, a atribuição de alguns pontos decorrentes da anulação de subitens da prova*

prática de sentença não foi realizada, gerando erro na nota da prova de sentença do candidato".

Pela decisão do dia 21 de outubro de 2014 (fls. 167/168), concedi medida liminar para resguardar ao Impetrante o direito de participar da terceira etapa do certame. Não foi interposto recurso contra a medida *in limine* concedida.

Em 22 de outubro de 2014, os autos foram remetidos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar da União, cujo parecer, da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, foi pela "*concessão parcial da segurança, ante a existência de direito líquido e certo no presente caso, a fim de evitar prejuízo irreparável, para, independentemente da nota final atribuída ao Impetrante, após sua revisão administrativa, garantir-lhe o direito de participação na próxima fase do certame, sem prejuízo de novo pedido se, porventura subsistirem incorreções"* (fls. 176/183).

Em 10 de novembro de 2014, o Ministro-Presidente da Comissão do Concurso, o Dr. José Coêlho Ferreira, por intermédio do ofício nº 11/CCPJAS (fls. 187), informou que a ordem contida na liminar foi devidamente cumprida.

Insta esclarecer que não se faz necessária a citação dos demais candidatos do certame, tendo em vista que é firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que não há formação de litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, nas situações em que estes possuem apenas expectativa de direito à nomeação (*vide* AgRg no AREsp 502671 / CE).

Ratifica tal entendimento o fato de que os candidatos até então habilitados no concurso público sequer ostentam a condição de aprovados, porquanto ainda não ultrapassadas todas as fases do certame, tal como a prova oral.

Feito posto em mesa no dia 20/11/2014. Foi dada ciência às partes interessadas e à Advocacia-Geral da União.

É o relatório.

VOTO

O *mandamus* atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Como se sabe, a intervenção do Poder Judiciário em concurso público limita-se ao controle estrito da legalidade das normas de regência,

da elaboração dos questionamentos e de sua vinculação intrínseca às respostas estabelecidas como adequadas pela comissão oficial.

Em respeito ao âmbito discricionário da Administração Pública e para não estimular a proliferação de lides temerárias por aqueles que não lograram êxito no certame, a tutela jurisdicional deve ser concedida com extrema cautela.

Desse modo, é firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que somente é possível o reexame de questões de concurso público e de seus critérios de correção, pelo Poder Judiciário, em situação excepcional, quando houver manifesta ilegalidade ou erro material de fácil constatação.

Nesse sentido, cito, por oportuno, precedente do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria do Ministro Castro Meira, julgado em 21/3/2013, que bem retrata o entendimento consolidado sobre o tema, *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *2. O Poder Judiciário não é competente, como regra, para examinar critérios de formulação e correção de provas. Em casos excepcionais, é possível anular a questão quando se verifica flagrante ilegalidade, como ausência de observância às regras prevista no edital, com base no Princípio da Legalidade. Precedentes.*
>
> *(...)"*
>
> (STJ, AgRg no AREsp 276.526/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/3/2013, DJe 2/4/2013).

Pois bem. No que se refere ao pedido de atribuição das notas integrais referentes aos itens 2.14 e 2.2, o pleito não merece prosperar.

Ao afirmar que teria sido atendido o que se exigia no espelho de correção e que a nota dada não corresponderia ao seu desempenho, o impetrante pretende, na realidade, que o Poder Judiciário reexamine o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção da prova.

E como já ressaltado, ao Judiciário não se figura lícito imiscuir-se nos critérios de avaliação efetivados pela instituição realizadora do concurso público, muito menos lhe é facultado ingressar no mérito de corre-

ção da prova respectiva, pelo que a segurança, quanto a este tópico, deve ser denegada.

Situação diversa, no entanto, diz respeito ao pedido para que lhe sejam atribuídos os pontos decorrentes das anulações dos itens 2.10, 2.11 e 2.12 do espelho de correção.

A comissão do concurso público para o cargo de Juiz-Auditor Substituto, durante a sessão de julgamento dos recursos relativos à prova prática de sentença, decidiu, por unanimidade, proceder à anulação dos subitens 2.8, 2.10, 2.11 e 2.12 do espelho de correção.

Contudo, devido a uma falha na apropriação da planilha de notas finais, a pontuação inerente à anulação dos subitens 2.10, 2.11 e 2.12 não foi concedida ao impetrante, gerando erro na nota da prova de sentença do candidato.

Convém registrar que ambas as autoridades apontadas como coatoras assumiram o erro material ocorrido, ressaltando, ainda, que seriam tomadas providências no sentido de sanar o equívoco apresentado.

Vale transcrever aqui parte das informações prestadas pelo Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, Presidente da Comissão do concurso (fls. 176/183), *in verbis:*

> *"(...)*
>
> *Está-se diante, portanto, de vício que se apresenta* primo ictu oculi *(RMS 24080/ MG-STJ), bastando o simples cotejamento das informações divulgadas para a inevitável conclusão de que houve erro no lançamento da nota definitiva do Impetrante, pela evidente omissão dos pontos resultantes promovidas por esta Comissão de Concurso.*
>
> *(...)*
>
> *Destarte, cumpre entender que cabe razão ao Autor somente no tocante ao erro cometido pela Banca Examinadora (CESP/UnB), ao omitir da nota definitiva de sua prova prática de sentença as pontuações advindas das anulações de subitens do pertinente espelho de correção, todas decididas por esta Comissão de Concurso (...)".*

Dessa forma, vê-se que, ao prescrever que seja sanada a falha ocorrida, o Poder Judiciário não estará atuando para proceder à reavaliação da correção das provas realizadas, mas, tão somente, determinando que se corrija erro material aferível de plano e de modo objetivo.

É importante ressaltar que não se cuida aqui de controle de mérito, nem de substituição da valoração reservada à banca examinadora. Trata-se, isso sim, de controle de legalidade, sendo, pois, permitido ao Judiciário exercê-lo em toda a sua plenitude.

Oportunamente, cabe citar que, em casos análogos ao dos autos, há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que evidenciam a pacífica orientação de que é possível ao Poder Judiciário rever matéria afeta a concurso público que não se prenda ao mérito administrativo.

A título de exemplo, cito o seguinte precedente:

> *"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO (...) CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE DE VÍCIO EVIDENTE.*
>
> *(...)*
>
> *4. Tendo a Corte de origem consignado pela anulação da matéria por comportar erro manifesto e invencível, prejudicando assim o candidato, rever tal entendimento implica reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial ante o disposto na Súmula 7/STJ.*
>
> *5. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp.165. 843/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 22.08.2012)".*

Aliás, esse também foi o entendimento adotado pela Procuradoria da Justiça Militar da União, em opinião emanada da Subprocuradora-Geral Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, cujo parecer foi pela "*concessão parcial da segurança, ante a existência de direito líquido e certo no presente caso, a fim de evitar prejuízo irreparável (...)"* (fls. 176/183).

Ante o exposto, em face do inequívoco cometimento de erro no lançamento da nota definitiva do impetrante, concedo parcialmente a segurança, para que se proceda à revisão administrativa da prova de sentença (P3) do candidato DIOGO ALVES VERRI GARCIA DE SOUZA, atribuindo-lhe a pontuação decorrente da anulação dos subitens 2.10, 2.11 e 2.12 do espelho de correção. Estabeleço, ainda, que seja assegurado ao Impetrante o direito de participar da terceira etapa do certame, com o oportuno agendamento para a realização dos exames psicotécnico e de sanidade física e mental, sindicância da vida pregressa e investigação

social, avaliação de títulos e, finalmente, para a inscrição definitiva, mantendo-se, *in totum,* a liminar anteriormente prolatada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e conceder parcialmente a segurança.

Brasília, 25 de novembro de 2014 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 12-85.2014.7.01.0201-RJ

Relator – Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Recorrente – Zebende Empreendimentos Imobiliários Ltda, representada por seu sócio Edenilson Paredes Zebende.

Recorrida – A Decisão do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 11/9/2013, proferida no APT n° 163-85.2013. 7.01.0201, referente ao Civil Marcelo Cavalheiro, que rejeitou os Embargos de Terceiro opostos pela Recorrente.

Advogados – Drs. Antônio Augusto Ferreira Barros e Núbia Marinho de Souza.

EMENTA

RECURSO INOMINADO. AUTUAÇÃO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DEFESA CONSTITUÍDA. INDEFERIMENTO DOS EMBARGOS DE TERCEIRO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. SUBSTITUIÇÃO DO ADVOGADO. CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL. INTIMAÇÃO DA DEFESA. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. APURAÇÃO DE CRIME DE PECULATO. DETERMINAÇÃO DE SEQUESTRO DE BEM IMÓVEL, SUPOSTAMENTE ADQUIRIDO COM O PRODUTO DO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE COM-

PROVAÇÃO DA BOA-FÉ DO NEGÓCIO JURÍDICO PELO TERCEIRO ADQUIRENTE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. UNANIMIDADE. Intimada da Decisão do Conselho Especial de Justiça que indeferiu os Embargos de Terceiro, a Defesa constituída informou não mais assistir o Embargante. O rito processual do Recurso Inominado é o mesmo estabelecido para o Recurso em Sentido Estrito, ex vi *do § 3º do artigo 116 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. Certificada nos autos a substituição do advogado, o prazo recursal começa a fluir a partir da intimação do novo procurador. Preliminar de intempestividade rejeitada. Unanimidade. Mérito. O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia para apurar a prática de peculato, requisitando o sequestro dos bens adquiridos, supostamente com o produto de ilícito penal, tendo sido deferido o pedido pelo Juízo de primeiro grau. Consoante reiterado entendimento doutrinário e jurisprudencial, o manejo dos Embargos de Terceiro para o fim de impugnação do sequestro impõe ao recorrente a demonstração de que a aquisição do bem objeto do negócio jurídico tenha ocorrido em data anterior à da infração penal praticada pelo indiciado ou acusado, ou de havê-la, a qualquer tempo, adquirido de boa-fé. Não se discute a existência do crime nem sua autoria. Se o terceiro apresentar a impugnação e deixar de comprovar a boa-fé, não há como ser determinado o levantamento do sequestro. Negado provimento ao Recurso Inominado. Unanimidade.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de intempestividade arguida pelo Ministério Público Militar. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Recurso inominado, mantendo na íntegra a Decisão do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 11 de setembro de 2013, proferida no APT n° 163-85.2013.7.01.0201.

Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. 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, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 97ª Sessão, 4/12/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Inominado, autuado como Recurso em Sentido Estrito, interposto por ZEBENDE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, representada por seu sócio EDENILSON PAREDES ZEBENDE, com fundamento no § 1º do artigo 203 do CPPM, c/c o § 3º do artigo 116 do RISTM, em desfavor da Decisão do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 11 de setembro de 2013, proferida no APT n° 163-85.2013.7.01.0201, referente ao Civil MARCELO CAVALHEIRO, que rejeitou os Embargos de Terceiro opostos pela Recorrente.

Consta das Razões recursais (fls. 3/13) que a Recorrente teve seu bem imóvel sequestrado, por Decisão do Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, *"sob o fundamento de que, ao final da ação, havendo condenação, possam garantir um possível ressarcimento ao erário"*.

A essa Decisão foram opostos os Embargos de Terceiro nº 163-85.2013.7.01.0201.

Argumentou a Defesa que o imóvel sequestrado tinha como proprietária anterior a Bento Lisboa Empreendimento Imobiliário S/A, a qual celebrou promessa de compra e venda em favor do Acusado Marcelo Cavalheiro, em escritura datada de 2 de dezembro de 2005.

Em promessa de cessão de 5 de novembro de 2007, o Acusado Marcelo Cavalheiro, *"na qualidade de dono, prometeu e se obrigou a ceder os direitos de aquisição ao recorrente"*.

Para a Defesa, o Conselho de Justiça deduziu que houve má-fé na transação, lastreada, tão somente, nas alegações do Representante do MPM. Nesses termos, afirmou:

> *"(...) para o Órgão de acusação o recorrente não se desincumbiu de provar a lisura do negócio. Entende o MPM que em 2007 o imóvel ainda não havia sido adquirido pelo Marcelo Cavalheiro, logo não poderia realizar promessa de cessão do direito ao recorrente. Quer a acusação, desta forma, provar que o fato de um empresário do ramo imobiliário não questionar ou não exigir certa formalidade seja categoricamente considerado como má-fé (pura criação cerebrina)"*.

Segundo a Defesa, a doutrina reconhece na boa-fé um princípio orientador das relações privadas, *"vale dizer, este princípio exige que indivíduos se comportem de forma correta, tanto nos momentos iniciais, como*

também na celebração e cumprimento de um dado negócio jurídico.". Na ótica defensiva, consubstanciada na doutrina acerca da matéria, a má-fé do terceiro adquirente *"deve ser provada por quem alega"*.

Nesse contexto, prosseguiu a Defesa afirmando que *"a boa-fé é presumida e, malgrado seja ela* iuris tantum*, caberia e cabe ao ilustre representante do Ministério Público Militar, e não ao recorrente, comprovar a sua existência – regras basilares insculpidas nos artigos 296, e seu parágrafo primeiro, do CPPM e 333 do CPC (...)"*.

Portanto, *"ao proceder da forma como na decisão, admitindo-se ilegal inversão de ônus, está se configurando a inusual teoria da prova diabólica, face à inexperiência ou falta de contato com os militantes desta seara criminal com as praxes e cotidiano da área cível, notadamente o ramo de direito imobiliário"*.

Para a Defesa, houve equívoco do Órgão Julgador *a quo*, porquanto *"uma promessa de cessão de direito é considerada como contrato preliminar"*. Segundo a ótica defensiva, na data da primeira transação estabelecida entre o Recorrente e Marcelo Cavalheiro, em 5 de novembro de 2007, o Acusado já era detentor do documento de promessa de compra e venda datado de 2 de dezembro de 2005, concluindo que o Juízo de primeiro grau, *"ao tentar adentrar no subconsciente do recorrente"*, laborou em equívoco.

Ao final, a Defesa pugnou pela reforma da Decisão do Colendo Conselho Especial de Justiça, a fim de que fosse acatado o pleito de levantamento do sequestro do bem imóvel.

Consta dos autos a Decisão do Conselho Especial de Justiça para o Exército que indeferiu os Embargos de Terceiro interpostos, mantendo-se o sequestro do imóvel em questão, a teor do que dispõe o § 1º do artigo 203 do CPPM (fls. 15/17).

Em Contrarrazões (fls. 23/27), o MPM arguiu, preliminarmente, a intempestividade do Recurso, argumentando que a Decisão foi proferida em 11/09/2013 (fls. 15/17A); a leitura ocorreu em Sessão datada de 2 de outubro de 2013 (fls. 18/19A); e o Recurso inominado, por sua vez, foi interposto em 15 de janeiro de 2014 (fl. 02A), portanto, em data posterior ao prazo legal de três dias, consoante o disposto no § 1º do artigo 203 do CPPM, que estabelece o rito procedimental do Recurso em Sentido Estrito.

No mérito, o Órgão ministerial sustentou que os fatos narrados pelo Recorrente não correspondiam à realidade, uma vez que:

> *"**A uma**, porque em **14/11/2007** houve **uma procuração firmada pelo acusado MARCELO CAVALHEIRO em favor do ora recorrente, representante da empresa do ramo imobiliário,** outorgando-lhe poderes para 'o fim especial de vender, compromissar a venda a quem convier' (fls. 31/32 dos autos apartados em referência – embargos de terceiro).*
>
> ***A duas**, porque os documentos relativos à quitação da parcela dizem respeito à dívida entre MARCELO CAVALHEIRO e a instituição financeira (fls. 33/47 e 49/58), **nada constando em relação ao embargante, ora recorrente**.*
>
> ***A três**, porque o **IPM nº 190/10**, que deu origem ao processo em referência, aportou nesse Juízo em 12/08/2010, constando **dentre os indiciados o MARCELO CAVALHEIRO**, sendo que a escritura pública foi registrada em 07/10/2010, ou seja, **aproximadamente dois meses após a conclusão do IPM**.*
>
> ***A quatro**, porque **o embargante, ora recorrente, não se desincumbiu do dever de provar a lisura da negociação supostamente firmada com o referido acusado, ou seja, de que agiu de boa-fé e adquiriu idoneamente o aludido imóvel, eis que o imóvel foi adquirido pelo MARCELO CAVALHEIRO em 12/08/2008, confirmando a promessa de compra e venda de 02/12/2005**, consoante certidão de 06/08/2009 do 9º Ofício de Registro de Imóveis (fl. 96). Ora, **se em 2007 não havia sido adquirido o imóvel por Marcelo Cavalheiro, como ele poderia realizar uma promessa de cessão de direito ao embargante, notadamente a um empresário do ramo imobiliário? Será que o embargante não questionou esta situação à época?**"* (Grifos no original).

Ao final, pugnou pelo acolhimento da preliminar suscitada e, no mérito, para que *"**seja DESPROVIDO o recurso inominado, mantendo-se a decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos**"* (Grifos no original).

Em manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 36/40), o Subprocurador-Geral Dr. Mario Sérgio Marques Soares concluiu que *"a falta de manifestação do juiz no recurso em sentido estrito, mantendo ou não a sua posição, importa nulidade a partir do despacho falho*

(STF, RT 569/430)", razão pela qual este Relator determinou a restituição dos autos ao Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, a fim de que o Conselho Especial de Justiça se manifestasse em sede de juízo de retratação, na forma do art. 520 do CPPM (fl. 43).

Em Decisão de 24 de junho de 2014 (fls. 52/53), o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, decidiu não reformar a Decisão vergastada, mantendo-a, na íntegra, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (fls. 59/63), opinou pela tempestividade do Recurso, *"eis que protocolizado pelo novo patrono do Recorrente dentro do prazo legal"*, e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento, *"mantendo-se incólume a respeitável Decisão que decretou o sequestro do imóvel"*.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso estão preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

O Ministério Público Militar arguiu a presente preliminar de intempestividade sustentando que, tendo ocorrido a Audiência de leitura, assinatura e publicação da Decisão que indeferiu os Embargos de Terceiro em 2 de outubro de 2013, a interposição do presente Recurso em 15 de janeiro de 2014 restaria extemporânea.

Não assiste razão ao *Parquet* das Armas.

A Decisão vergastada foi lida, assinada e publicada em 2 de outubro de 2013, consoante se extrai da 15ª Ata de Sessão do Conselho Especial de Justiça para o Exército (fls. 18/19). Entretanto, foi certificado à fl. 17-v que a patrona do Embargante, ora Recorrente, *"declarou não estar mais funcionando na causa, sendo a atual defensora a Dra. Núbia Marinho de Souza, que irá juntar procuração nos autos"*, o que efetivamente aconteceu, conforme se verifica às fls. 115/116 dos autos apartados (Embargos de Terceiro nº 163-85.2013.7.01.0201).

Por sua vez, a patrona do Recorrente foi intimada da Decisão que indeferiu os Embargos de Terceiro tão somente em 14 de janeiro de 2014, interpondo o presente Recurso em 15 de janeiro de 2014 (fls. 19-v e 02).

Portanto, considerando o rito procedimental do Recurso Inominado idêntico ao do Recurso em Sentido Estrito, conforme expressa disposição do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, em seu artigo 116, § 3º, sendo de três dias o prazo para a sua interposição, é de se concluir pela tempestividade do Recurso, conforme atestou, inclusive, o *Custos Legis* em sua manifestação (fl. 62).

Diante do exposto, rejeito a preliminar de intempestividade arguida pelo Ministério Público Militar.

MÉRITO

Quanto ao mérito, insurge-se a Defesa constituída de ZEBENDE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, representada por seu sócio EDENILSON PAREDES ZEBENDE, contra a Decisão do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM que rejeitou os Embargos de Terceiro opostos pela Recorrente.

A Defesa argumentou que o imóvel em tela tinha como proprietária anterior a Bento Lisboa Empreendimento Imobiliário, a qual firmou promessa de compra e venda em favor do Acusado Marcelo Cavalheiro em escritura datada de 2 de dezembro de 2005. Ressaltou que, pela Promessa de Cessão datada de 5 de novembro de 2007, o Acusado Marcelo Cavalheiro*, "na qualidade de dono, prometeu e se obrigou a ceder os direitos de aquisição ao recorrente"*.

Para a Defesa, o Conselho de Justiça deduziu que houve má-fé na transação, lastreada, tão somente, nas alegações do Representante do MPM. Nesses termos, afirmou:

> *"(...) para o Órgão de acusação o recorrente não se desincumbiu de provar a lisura do negócio. Entende o MPM que em 2007 o imóvel ainda não havia sido adquirido pelo Marcelo Cavalheiro, logo não poderia realizar promessa de cessão do direito ao recorrente. Quer a acusação, desta forma, provar que o fato de um empresário do ramo imobiliário não questionar ou não exigir certa formalidade seja categoricamente considerado como má-fé (pura criação cerebrina)"*.

Segundo a Defesa, a doutrina reconhece na boa-fé um princípio orientador das relações privadas, *"vale dizer, este princípio exige que indivíduos se comportem de forma correta, tanto nos momentos iniciais, como também na celebração e cumprimento de um dado negócio jurídico."*. Na ótica defensiva, consubstanciada na doutrina acerca da matéria, a má-fé do terceiro adquirente *"deve ser provada por quem alega"*.

Prosseguiu a Defesa afirmando que *"a boa-fé é presumida e, malgrado seja ela* iuris tantum*, caberia e cabe ao ilustre representante do Ministério Público Militar, e não ao recorrente, comprovar a sua existência – regras basilares insculpidas nos artigos 296, e seu parágrafo primeiro, do CPPM e 333 do CPC (...)"*. Portanto, *"ao proceder da forma como na decisão, admitindo-se ilegal inversão de ônus, está se configurando a inusual teoria da prova diabólica, face à inexperiência ou falta de contato com os militantes desta seara criminal com as praxes e cotidiano da área cível, notadamente o ramo de direito imobiliário"*.

Entende a Defesa que houve equívoco do Órgão Julgador *a quo*, porquanto *"uma promessa de cessão de direito é considerada como contrato preliminar"*. Segundo a ótica defensiva, na data da primeira transação estabelecida entre o Recorrente e Marcelo Cavalheiro, em 5 de novembro de 2007, o Acusado já era detentor do documento de promessa de compra e venda datado de 2 de dezembro de 2005, concluindo que o Juízo de primeiro grau, *"ao tentar adentrar no subconsciente do recorrente"*, laborou em equívoco.

Ao final, a Defesa pugnou pela reforma da Decisão do Colendo Conselho Especial de Justiça, a fim de que fosse acatado o pleito de levantamento do sequestro do bem imóvel.

Não assiste razão à Defesa.

Inicialmente apresento um breve histórico da apuração da Ação Penal Militar em trâmite na 2ª Auditoria da 1ª CJM.

Consoante se extrai do Sistema de Andamento Processual – SAM, em 17 de maio de 2010, foi determinada a abertura do Inquérito Policial Militar de nº 196-80.2010.7.01.0201, para apurar eventuais práticas delituosas havidas no Instituto Militar de Engenharia – IME. Os autos aportaram no Ministério Público Militar em 12 de agosto de 2010, tendo sido determinadas várias diligências até o efetivo oferecimento da Denúncia, em 29 de junho de 2011. Nessa ocasião (fls. 70/82), o Ministério Público Militar afirmou que Marcelo Cavalheiro teria participado de desvios de

recursos públicos relativos a Convênios DNIT/IME, no período de 2004 a 2005, *"que causaram prejuízos de aproximadamente R$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais), sem atualização monetária"*, incursionando-o na prática delituosa descrita no art. 303 do CPM.

Ao tecer considerações acerca da evolução patrimonial do Denunciado, o MPM afirmou que Marcelo Cavalheiro *"possui vários imóveis, sendo 07 (sete) apartamentos na Rua Bento Lisboa, nº 106 e 120, Bairro Catete, nesta capital, todos adquiridos entre dezembro de 2005 a junho de 2010, certamente com o proveito dessa empreitada criminosa (...)"*.

A complexa Ação Penal Militar nº 196-80.2010.7.01.0201 envolve Civis (ex-militares) e Oficiais do Exército Brasileiro no Estado do Rio de Janeiro. Em 4 de julho de 2011, quando do recebimento da Denúncia, o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, ao apreciar pedido do MPM, determinou o sequestro de todos os bens mencionados na Exordial, nos termos do art. 201 do CPPM, tendo em vista a *"necessidade de se assegurar o ressarcimento do dano causado à Administração Militar"*.

Entre esses bens, consta o imóvel objeto da presente controvérsia (Rua Bento Lisboa, número 120, Bloco 1, apartamento 805, Freguesia da Glória, Rio de Janeiro-RJ), adquirido pelo Acusado Marcelo Cavalheiro, supostamente, segundo afirma o Órgão ministerial, com o produto do ilícito perpetrado (fls. 83/85 dos autos apartados).

A referida Decisão foi objeto de Embargos de Terceiro opostos em autos apartados pelo Recorrente, em 29 de setembro de 2011 (APT nº 163-85.2013.7.01.0201 – fls. 2/9 dos autos apartados), com fundamento na comprovação da boa-fé na aquisição do imóvel.

Em sua argumentação, o Embargante trouxe à baila precedente desta Corte Castrense (Recurso em Sentido Estrito nº 2002.01.006958-0/MS, DJ: 14/6/2002, Relator: Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares), segundo o qual, na transação ocorrida antes da decretação do sequestro, *"Presume-se a boa fé (sic) do terceiro adquirente e não a sua má-fé, devendo estar devidamente provada"* (fl. 7 dos autos apartados).

Instado a manifestar-se (fls. 88/91 dos autos apartados), o Órgão ministerial asseverou que *"os fatos narrados não correspondem à realidade descrita nos documentos apresentados pelo embargante"*.

Em 31 de outubro de 2012, o Cartório da Auditoria informou ao Juízo que *"a Empresa ZEBENDE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.,*

por sua advogada constituída Vera Lúcia Cozac – OAB-RJ, nº 18.463, interpôs, às fls. 74/141, Embargos de Terceiros (sic), requerendo o levantamento do sequestro do imóvel", tendo sido determinadas providências pelo Juiz-Auditor Substituto em 19 de junho de 2013 (fl. 94 dos autos apartados).

Em nova manifestação de 22 de agosto de 2013, o MPM ratificou os argumentos anteriores, pugnando pela rejeição dos Embargos (fl. 95 dos autos apartados).

Em 11 de setembro de 2013, o Conselho Especial de Justiça em atuação na 2ª Auditoria da 1ª CJM rejeitou os Embargos ao argumento de que permaneciam os fundamentos fáticos que sustentaram a Decisão que determinou o sequestro (fls. 110/112 dos autos apartados). A Decisão hostilizada acolheu o posicionamento do Órgão ministerial segundo o qual *"o embargante não se desincumbiu de provar a lisura do negócio, e argumentou 'ora, se em 2007 não havia sido adquirido o imóvel por Marcelo Cavalheiro, como ele poderia realizar uma promessa de cessão de direito ao embargante, notadamente a um empresário do ramo imobiliário? Será que o embargante não questionou essa situação à época'?"*.

Dessa Decisão, foi interposto o presente Recurso Inominado (fls. 2/13).

Estabelecida a linha do tempo em relação à Ação Penal Militar nº 196-80.2010.7.01.0201, passo à cronologia da cadeia dominial do imóvel objeto da presente controvérsia.

Para melhor entendimento, abordo inicialmente aspectos conceituais, o primeiro dos quais se refere à distinção entre Contrato de Compra e Venda e Promessa ou Compromisso de Compra e Venda. Segundo o escólio de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. Tomo 2. Volume IV. Saraiva. São Paulo. 2008. p. 39):

> *"O Contrato de Compra e Venda é o contrato principal pelo qual uma das partes (vendedora) se obriga a transferir a propriedade de uma coisa móvel ou imóvel à outra (compradora), mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro (preço). Já o Contrato de Promessa ou Compromisso de Compra e Venda é um contrato preliminar que tem como objeto um contrato futuro de venda e compra. Por meio dele, o vendedor continua titular do domínio que somente será transferido após a quitação*

integral do preço, constituindo excelente garantia para o alienante".

A alienação fiduciária é a transferência da posse de um bem móvel ou imóvel do devedor ao credor para garantir o cumprimento de uma obrigação. Ocorre quando um comprador adquire um bem a crédito. O credor toma o próprio bem em garantia, de forma que o comprador, apesar de ficar impedido de negociar o bem com terceiros, pode dele usufruir. É comumente utilizada nos processos de aquisição de imóveis. Nesse caso, a transferência definitiva da propriedade, atestada pela Escritura, só se concretiza após a liquidação da dívida.

O Instrumento Particular de Promessa de Cessão, por sua vez, estabelece a transmissão dos direitos do compromissário comprador a um terceiro que se denomina cessionário. Consoante a jurisprudência dos Pretórios, *"Cessões de direito ou promessa de compra e venda, destituídos de registro, não são aptos a transferir a propriedade do bem imóvel."* (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Agravo de Instrumento nº 36950/DF, Desembargador Federal Carlos Olavo, DJ: 14/12/2005).

Releva notar que o Novo Código Civil elevou à categoria de direito real o direito do promitente comprador do imóvel (artigo 1.225, inciso VII), garantindo a esse a aquisição do bem com o registro, em Cartório de Registro de Imóveis, da promessa de compra e venda em que não se pactuou arrependimento (art. 1.417 do Código Civil).

Nesses termos é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer que *"A promessa de compra e venda identificada como direito real ocorre quando o instrumento público ou particular é registrado no cartório de registro de imóveis, o que não significa que a ausência do registro retire a validade do contrato."* (Recurso Especial nº 1185383/MG, Ministro Luis Felipe Salomão, DJe: 5/5/2014).

Transcrevo, por oportuno, as seguintes conclusões extraídas do voto condutor do citado precedente daquela Corte Superior de Justiça:

> *"(...) no Código Civil atual a promessa de compra e venda identificada como direito real surge quando o instrumento público ou particular é registrado no cartório de registro de imóveis, nos termos do art. 1.417 e 1.418 do Código Civil.*
>
> *(...)*
>
> *Não obstante, faz-se necessário esclarecer, por óbvio, que a ausência de registro da promessa de compra e venda não retira a validade da avença.*

Acerca da exigência de registro do contrato de promessa de compra e venda, Marco Aurélio Viana pondera:

> *[...] em verdade não se justifica a exigência de registro prévio de contrato senão como forma de tutelar o promitente comprador contra alienação por parte do promitente vendedor, reduzindo o poder de disposição deste, ao mesmo tempo em que arma o adquirente de sequela, admitindo que obtenha a escritura até mesmo contra terceiro, na forma indicada no art. 1.418. Fora disso não se atende aos fins sociais a que a lei dirige, nem a exigência do bem comum. (VIANA, Marco Aurélio. Comentário ao novo código civil. v. XVI, p. 695)*

(...)

Aliás, a doutrina em destaque está em consonância com a Súmula 239 do STJ, segundo a qual 'O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis'.

No mesmo sentido é o Enunciado 95 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

> *95 – Art. 1.418: O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ).*

(...)

Isso porque o compromisso de compra e venda de imóvel é suscetível de apreciação econômica e transmissível a título inter vivos ou causa mortis*, independentemente de registro, porquanto o escopo do registro imobiliário é primordialmente resguardar o contratante em face de terceiros que almejem sobre o imóvel em questão direito incompatível com a sua pretensão aquisitiva, o que não é o caso dos autos.".*

A Escritura Definitiva de Compra e Venda é o Instrumento Público pelo qual alguém transmite definitivamente um bem Imóvel a outro, na maioria das vezes, em cumprimento a um Contrato previamente assinado, normalmente um Compromisso de Compra e Venda. O registro da

Escritura Definitiva de Compra e Venda é indispensável para que se opere a transferência da propriedade do Imóvel, conforme determina o art. 1.245 do Código Civil.

> *"Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.*
>
> *§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.*
>
> *§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel."* (Grifo nosso).

Feitos esses preliminares esclarecimentos, passo à análise da cronologia da cadeia dominial do imóvel em questão.

Em 2 de dezembro de 2005, foi celebrada Promessa de Compra e Venda pela Bento Lisboa Empreendimento Imobiliário S/A em favor do Acusado Marcelo Cavalheiro, relativo ao imóvel situado à Rua Bento Lisboa nº 120, Bloco 1, apartamento 805, Freguesia da Glória, Rio de Janeiro. O referido documento foi registrado no 9º Ofício de Registro de Imóveis do Estado do Rio de Janeiro somente em 6 de outubro de 2009 (fl. 24 dos autos apartados).

Em 5 de novembro de 2007, o Acusado Marcelo Cavalheiro cedeu os direitos de aquisição do citado imóvel ao Recorrente, naquela oportunidade representado por Edenilson Paredes Zebende, por intermédio de Instrumento Particular de Promessa de Cessão (fls. 28/30 dos autos apartados). O citado Termo não foi registrado em Cartório de Imóveis, não se podendo admitir, àquela altura, eventual transferência de propriedade do imóvel objeto da controvérsia.

Em 14 de novembro de 2007, o Sr. Marcelo Cavalheiro constituiu seu bastante Procurador o Sr. Edenilson Paredes Zebende, conferindo-lhe poderes para *"o fim especial de vender, compromissar a venda, a quem convier pelo preço, prazo e condições que ajustar o imóvel constituído pelo Apartamento nº 805 do bloco 01, na rua Bento Lisboa nº 120 (...)"* (Instrumento de Procuração de fls. 31/32).

Em 18 de junho de 2008, foi firmado Contrato de Compra e Venda com Alienação Fiduciária do citado imóvel, feito pela Bento Lisboa Empreendimento Imobiliário S/A em favor do Acusado Marcelo Cavalheiro (fl. 24 dos autos apartados). Este Contrato foi registrado em 6 de outu-

bro de 2009 no 9º Ofício de Registro de Imóveis do Rio de Janeiro, mesma data em que foi registrada a Promessa de Compra e Venda celebrada em 2 de dezembro de 2005. A Escritura de Compra e Venda com cancelamento de Alienação Fiduciária, datada de 7 de outubro de 2010, celebrada dois meses após a remessa dos autos do IPM nº 196-80.2010. 7.01.0201 ao Órgão ministerial, foi apresentada pelo Recorrente ao 9º Ofício de Registro de Imóveis do Rio de Janeiro, tão somente, em 13 de julho de 2011, nove dias após o Recebimento da Denúncia contra o Acusado Marcelo Cavalheiro (fls. 19/20 dos autos apartados).

O Acusado Marcelo Cavalheiro, portanto, tornou-se promitente comprador do imóvel em epígrafe ao celebrar a Promessa de Compra e Venda com a Bento Lisboa Empreendimento Imobiliário S/A, em 2 de dezembro de 2005, tornando-se titular de um direito obrigacional (um crédito), ficando condicionada a propriedade, nos termos do art. 1.245 do Código Civil, ao Registro da Escritura Definitiva de Compra e Venda.

A comparação das cronologias da cadeia dominial do imóvel objeto da controvérsia e da Ação Penal Militar que resultou na decretação do sequestro permite inferir que a sequência de eventos, iniciada pelo Registro no Cartório de Imóveis da Promessa de Compra e Venda e do Contrato de Compra e Venda com Alienação Fiduciária, em 6 de outubro de 2009, foi impulsionada pelo conhecimento de que as práticas delituosas perpetradas no IME entre 2004 e 2005 eram objeto de investigação.

Existem fortes indícios, nos autos, de que o Acusado Marcelo Cavalheiro pretendeu se desfazer dos bens auferidos, supostamente com o produto do ilícito penal, o que exigiria do terceiro adquirente, ora Recorrente, a comprovação da boa-fé do negócio jurídico celebrado entre as partes.

Em que pese a alegação defensiva de que a boa-fé nesse tipo de empreitada é presumida, cabendo ao Órgão ministerial o ônus de comprovar a má-fé, a doutrina e a jurisprudência majoritárias asseveram que o manejo dos Embargos de Terceiro para o fim de impugnação do sequestro impõe ao Recorrente a demonstração de que a aquisição do bem objeto do negócio jurídico tenha ocorrido *"em data anterior à da infração penal praticada pelo indiciado ou acusado, ou de havê-la, a qualquer tempo, adquirido de boa-fé."* (Grifo nosso) (NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. Saraiva. 2014. p. 567).

Ao tratar da comprovação da boa-fé pelo terceiro adquirente, Guilherme de Souza Nucci (*Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6ª ed. Revista dos Tribunais. 2010. p. 363) enfatiza:

> *"A defesa do réu, no caso de meros embargos (art. 130, I, CPP), limita-se a demonstrar que o bem sequestrado não tem qualquer relação com a infração penal, que lhe é imputada. Não se discute a existência do crime, nem sua autoria. Se for o terceiro a apresentar a impugnação (art. 130, II, do CPP), deve provar a sua boa-fé, consistente no fato de não ter sabido, nem lhe ter sido possível saber, que se tratava de bem dessa natureza. A norma é clara ao exigir que a transação tenha sido a título oneroso. Aquele que, sem qualquer ônus recebeu a coisa, deverá perde-la (sic), caso seja o réu considerado culpado pela prática da infração penal. Haverá confisco."* (Grifo nosso).

Nesse entendimento, cito precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Agravo Regimental na Petição nº 9490/DF (DJe: 15/08/2013)*
>
> *Relator: Ministro João Otávio de Noronha*
>
> *EMENTA*
>
> *EMBARGOS DE TERCEIRO. PROCESSO PENAL. ART. 130, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. BOA-FÉ NÃO DEMONSTRADA.*
>
> *1. O art. 130, II, do Código de Processo Penal prevê que tem o terceiro adquirente de boa-fé o direito de opor-se ao sequestro incidente sobre imóvel por meio de embargos.*
>
> *2. Se nos embargos de terceiro, o interessado deixar de comprovar que o bem reclamado foi adquirido de boa-fé e a título oneroso por pessoa estranha ao processo (art. 130, II, do CPP), não há como ser determinado o levantamento do sequestro.*
>
> *3. Agravo desprovido."* (Grifo nosso).

A propósito do precedente citado, destaco, por oportuno, os seguintes trechos do voto condutor do Acórdão:

> *"(...) O bem reclamado foi sequestrado por determinação contida nos autos da Ação Penal n. 702-AP – posteriormente desdobrada no Inquérito n. 745, no qual se discute a questão do sequestro –, em decorrência de investigações que apontaram indícios de que o imóvel fora adquirido com produto de prática criminosa por José Júlio de Miranda Coelho.*

Na época, a Polícia Federal esclareceu que uma das formas utilizadas por José Júlio de Miranda Coelho para ocultar bens era a transferência sucessiva para o nome de parentes, laranjas, imobiliárias, empresas constituídas para esse fim e construtoras a fim de causar a falsa impressão de que, principalmente os imóveis, não eram seus, e sim de terceiros.

Entre os imóveis atingidos com a ordem de sequestro está a loja n. 1 do Edifício Mardisa Flat, situação em João Pessoa, sobre o qual a agravante reclama a propriedade.

(...)

É certo que a procedência dos embargos de terceiro exige comprovação de que o bem tenha sido adquirido a título oneroso e de boa-fé. Isso, todavia, não está comprovado adequadamente.

Nesse sentido, bem se posicionou o Ministério Público Federal, resumindo a questão toda de forma simples e certa da seguinte forma:

> *'A Requerente trouxe aos autos fotocópias de documentos do contrato social da empresa Empreendimentos Imobiliários Dacon Ltda, do instrumento de compra e venda realizado entre Albrás Int. Construções e Incorporações Ltda e José Júlio de Miranda Coelho, da cessão de direitos firmada entre a empresa Albrás e José Júlio, de certidões de registro do imóvel, da licença de habitação (Habite-se), certidão de autorização para transferência, e comprovante de pagamento do laudêmio.*
>
> *Tais documentos não se prestam a comprovar a propriedade nem a alegada posse do imóvel.'*

Ressalte-se que a argumentação da embargante de que o negócio não está aperfeiçoado como determina a lei por responsabilidade da Albrás Int. Construções e Incorporações Ltda., empresa vendedora, não a socorre para os fins perseguidos nestes embargos, pois isso diz respeito ao ato negocial entre elas realizado, que encontra meio próprio para reclamação do que se entender de direito.

Quanto ao preço, a agravante colacionou recibo de recebimento passado por terceiro também investigado nos autos do inquérito acima mencionado, além de ser pessoa não compo-

nente dos negócios nos autos relatados. Assim, a boa-fé não está demonstrada.

O art. 130, II, do Código de Processo Penal prevê que o sequestro poderá ser embargado por terceiro de boa-fé a quem o bem tiver sido transferido:

> *Art. 130. O seqüestro poderá ainda ser embargado:*
>
> *I - pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração;*
>
> *II - pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.*
>
> *Parágrafo único. Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória.*

Portanto, se não demonstrada a boa-fé nem sequer a aquisição onerosa do imóvel, não procedem os embargos de terceiro.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo." (Grifo nosso).

Razões expostas, considero irretocável a Decisão vergastada e incorporo às minhas razões de decidir os bem lançados argumentos ministeriais apresentados em sede de Contrarrazões ao presente Recurso (fls. 26/27):

> *"(...)* ***A uma****, porque em* ***14/11/2007*** *houve* ***uma procuração firmada pelo acusado MARCELO CAVALHEIRO em favor do ora recorrente, representante da empresa do ramo imobiliário,*** *outorgando-lhe poderes para 'o fim especial de vender, compromissar a venda a quem convie' (fls. 31/32 dos autos apartados em referência – embargos de terceiro).*
>
> ***A duas****, porque os documentos relativos à quitação da parcela dizem respeito à dívida entre MARCELO CAVALHEIRO e a instituição financeira (fls. 33/47 e 49/58),* ***nada constando em relação ao embargante, ora recorrente****.*
>
> ***A três****, porque o* ***IPM nº 190/10****, que deu origem ao processo em referência, aportou nesse Juízo em 12/08/2010, constando* ***dentre os indiciados o MARCELO CAVALHEIRO****, sendo*

que a escritura pública foi registrada em 07/10/2010, ou seja, ***aproximadamente dois meses após a conclusão do IPM****.*

A quatro*, porque* ***o embargante, ora recorrente, não se desincumbiu do dever de provar a lisura da negociação supostamente firmada com o referido acusado, ou seja, de que agiu de boa-fé e adquiriu idoneamente o aludido imóvel, eis que o imóvel foi adquirido pelo MARCELO CAVALHEIRO em 12/08/2008, confirmando a promessa de compra e venda de 02/12/2005****, consoante certidão de 06/08/2009 do 9º Ofício de Registro de Imóveis (fl. 96). Ora,* ***se em 2007 não havia sido adquirido o imóvel por Marcelo Cavalheiro, como ele poderia realizar uma promessa de cessão de direito ao embargante, notadamente a um empresário do ramo imobiliário? Será que o embargante não questionou esta situação à época?****"* (Grifos no original).

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Inominado, mantendo, na íntegra, a Decisão do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 11 de setembro de 2013, proferida no APT nº 163-85.2013.7.01.0201.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de intempestividade arguida pelo Ministério Público Militar. No mérito, por unanimidade, em negar provimento ao Recurso inominado, mantendo, na íntegra, a Decisão do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 11 de setembro de 2013, proferida no APT n° 163-85.2013.7.01.0201.

Brasília, 4 de dezembro de 2014 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 18-45.2012.7.01.0401-RJ

Relator – Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Relator p/ o Acórdão – Min. Dr. José Barroso Filho.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 18/12/2013, proferida nos autos do IPM nº 18-45.2012.7.01.0401, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor dos Majs Ex Urubatã Muterle Gama e Bernardo Romão Corrêa Netto, dos Caps Ex Mauro Cesar Barbosa Cid e Rodrigo Cadilhe de Almeida Chiarato e da 1º Ten Ex Nathália Knopp de Lima, todos como incursos no art. 213, § 2º, c/c os arts. 29, § 2º, e 53, tudo do CPM.

Advogados – Drs. Rodrigo Henrique Roca Pires, Renata Alves de Azevedo Fernandes da Cruz, Luciana Barbosa Pires, Daniel Filipe Siqueira e Adilson de Lizio.

EMENTA

Recurso em Sentido Estrito. Maus-tratos qualificados por resultado morte. Denúncia. Rejeição. Omissão relevante. Inocorrência. Coautoria. Não caracterizada. Falta de elementos para a propositura da ação penal. Ausência de dolo. Inexistência de justa causa. A Decisão impugnada proferida pelo Magistrado se apresenta adequadamente fundamentada e preenche os requisitos formais, indene de equívocos, pela perfeita análise do conjunto fático e, sobretudo, em razão dos percucientes argumentos jurídicos trazidos à colação. O artigo 78 do CPPM determina ao Juiz que não receba a Denúncia, caso evidenciada a ausência na Exordial dos requisitos relativos à **exposição do fato criminoso** *e as* **razões de convicção ou presunção da delinquência**. *A Denúncia, além de preencher os requisitos ínsitos no art. 77 do CPPM, deve ostentar provas da materialidade do fato que, em tese, configure crime de competência da Justiça Castrense e indícios de autoria (art. 30 do CPPM). Além da adequação objetiva, para que se afirme a prática do delito pelos Acusados, é imprescindível que se aponte a existência de nexo causal entre a conduta por eles desempenhada e a prática do crime de maus-tratos com resultado morte, na forma do art. 213, § 2°, do CPM, motivo da alegada causa*

do óbito do cadete Gama. Caso contrário, inexistirá a correspondência entre o fato imputado e a conduta do sujeito ativo e, por vez, a justa causa para a propositura da ação penal militar. Consoante tal linha de raciocínio, refletindo-se se a conduta dos Acusados foi ou não causa determinante para o suposto crime de maus-tratos impende o exame do Inquérito Policial Militar e, principalmente, impõe-se avaliar a documentação nosológica e pericial acostadas aos autos, em breve juízo de prelibação. Em nenhum momento o MPM conseguiu trazer a colação provas substanciais da conduta típica imputada aos Acusados, porquanto, segundo a descrição do tipo no art. 213, § 2°, do CPM, objetiva-se a conduta dolosa no caput, *e culposa no § 2º, caracterizando o tipo preterdoloso. No caso concreto, nem uma, nem outra, evidentemente. Compulsando-se os termos da Denúncia, nota-se que a maior parte de seu teor é composta por fragmentos de depoimentos de 11 (onze) Cadetes, obtidos em sede inquisitorial, além de referências a publicações de imprensa. No caso do suposto crime de maus-tratos seguido de morte, o resultado, pela teoria da equivalência das condições, só pode ser imputado a quem lhe deu causa, na exata dicção do art. 29, §§ 1° e 2°, do CPM. A prova material colhida consiste, basicamente, nos laudos periciais que visaram apurar a* causa mortis *do Cadete Gama, para constatar se o comportamento dos Acusados deu ou não causa ao óbito. Ademais, o Magistrado não identificou a intenção dos Indiciados em expor a perigo a saúde da Vítima; portanto, 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. O diagnóstico de rabdomiólise moderada apresentado pelo Ofendido, quando chegou ao hospital, não foi motivo para levar ao óbito, afirmaram os peritos do Departamento de Polícia Técnico-Científica da Secretaria de Estado de Segurança do Rio de Janeiro, e considerando os dados microscópicos e do exame histopatológico serem compatíveis com doença infecciosa associada a borreliose ou rickettisiose. A rabdomiólise é a destruição muscular isquêmica com liberação para a corrente sanguínea das substâncias intracelulares do músculo estriado esquelético. A substância é potencialmente tóxica. As causas da rabdomiólise podem ser de origens diversas, traumáticas ou não traumáticas.* **A rabdomiólise moderada diagnosticada não**

é suficiente para causar a morte. *O segundo e extenso laudo, feito sem examinar diretamente o corpo do Cadete falecido, mas tão somente a documentação médica, defende, em suma, que a* causa mortis *foi rabdomiólise, afastando os dados apontados pelos peritos oficiais. A análise do conjunto probatório apresentado permite concluir ser suficiente o laudo dos peritos oficiais, por seus argumentos técnicos, para caracterizar a* causa mortis *por doença infecciosa associada às rickettisioses, mais especificamente a febre maculosa brasileira, evidenciada pela presença de carrapatos no corpo do falecido Cadete e por outros sintomas apontados no exame histopatológico. Afinal, extraem-se do presente feito tão somente os elementos contidos nos autos: 2 (dois) Laudos periciais tecnicamente antagônicos e um conjunto fático absolutamente incapaz de permitir aferir a existência de provas preliminares suficientes – justa causa, atestando a impossibilidade de se formular o juízo de admissibilidade da Inicial.* **Segundo ensina a doutrina, a justa causa é tratada como o conjunto de elementos probatórios mínimos, que permite sustentar o exercício da ação penal; isto é, seriam as provas preliminares suficientes para o exercício da ação penal.** *É necessário, portanto, que a Inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Haverá legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o* fumus boni juris *que ampare a imputação.* **Porquanto, impor o ônus aos Acusados de responder a uma ação penal, quando em juízo preliminar se constata ausência de justa causa, soa atentatório aos mais básicos direitos constitucionais individuais, dentre eles o da dignidade humana.** *Logo, considerando a teoria da equivalência das condições, impõe-se a conclusão de que os esforços físicos a que foi submetido o Cadete não guardam relação de causalidade com sua morte, tampouco a conduta dos instrutores, durante o Estágio. Recurso ministerial desprovido para manter a decisão que rejeitou a denúncia. Decisão por maioria.*

DECISÃO

Na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro José Barroso Filho, após o voto do Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Relator), que conhecia e dava provimento ao Recurso Ministerial, para desconstituir a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 18 de

dezembro de 2013, e receber a Denúncia oferecida contra os Majs Ex Urubatã Muterle Gama e Bernardo Romão Corrêa Netto, os Caps Ex Mauro Cesar Barbosa Cid e Rodrigo Cadilhe de Almeida Chiarato e a 1º Ten Ex Nathália Knopp de Lima, todos como incursos no crime previsto no art. 213, § 2°, c/c os arts. 29, § 2°, e 53, tudo do CPM, e determinava a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito. Os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, William de Oliveira Barros, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi negavam provimento ao Recurso ministerial e mantinham na íntegra a decisão recorrida. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Cleonilson Nicácio Silva e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos aguardam o retorno de vista. O Presidente comunicou que a Defesa será previamente intimada do retorno de vista, para a continuidade do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, e o Advogado da Defesa, Dr. Adilson de Lízio. Presidência do Ministro Fernando Sérgio Galvão, Vice-Presidente, na ausência ocasional da Ministra-Presidente.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. 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, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausente, justificadamente, o Ministro Alvaro Luiz Pinto. O Ministro José Américo dos Santos encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 56ª Sessão, 14/8/2014).

Prosseguindo no julgamento interrompido na 56ª Sessão, em 14/8/2014, após o retorno de vista do Ministro José Barroso Filho, o Tribunal, **por maioria**, conheceu e negou provimento ao Recurso, para manter na íntegra a Decisão que rejeitou a Denúncia formulada pelo Órgão Ministerial contra os Acusados Maj Ex Urubatã Muterle Gama, Maj Ex Bernardo Romão Corrêa Netto, Cap Ex Mauro Cesar Barbosa Cid, Cap Ex Rodrigo Cadilhe de Almeida Chiarato e 1° Ten Ex Nathália Knopp de Lima por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais se acresce o art. 3°, alínea "a", do CPPM, c/c o art. 395, inciso III, do Código Processo Penal comum. Por fim, o Tribunal, **por unanimidade**, determinou que

fosse encaminhada cópia do Acórdão ao Exmo. Sr. Comandante do Exército para que, ser for o caso, a seu critério, adote as providências que entender cabíveis no âmbito administrativo disciplinar militar. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Relator) conhecia e dava provimento ao Recurso ministerial, para desconstituir a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 18 de dezembro de 2013, e receber a Denúncia oferecida contra o Maj Ex Urubatã Muterle Gama, o Maj Ex Bernardo Romão Corrêa Netto, o Cap Ex Mauro Cesar Barbosa Cid, o Cap Ex Rodrigo Cadilhe de Almeida Chiarato e a 1º Ten Ex Nathália Knopp de Lima, todos como incursos no crime previsto no art. 213, § 2°, c/c os arts. 29, § 2°, e 53, tudo do CPM, e determinava a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito. Na forma do art. 78, § 1º, do RISTM, proferiu voto o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. Relator para o Acórdão Ministro José Barroso Filho. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Relator) fará voto vencido. Os Ministros José Américo dos Santos e Alvaro Luiz Pinto não participaram do julgamento. Presidência do Ministro Fernando Sérgio Galvão, Vice-Presidente, na ausência ocasional da Ministra-Presidente.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros 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, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausente, justificadamente, o Ministro Olympio Pereira da Silva Junior. (Extrato da Ata da 84ª Sessão, 4/11/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo Órgão Ministerial, contra Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM (fls. 1.648/1.653), no IPM nº 18-45.2012.7.01.0401, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o Major do Exército URUBATÃ MUTERLE GAMA, o Major do Exército BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO, o Capitão do Exército MAURO CESAR BARBOSA CID, o Capitão do Exército RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA e a Tenente do Exército NATHÁLIA KNOPP DE LIMA.

A Denúncia (fls. 1.551/1.579), oferecida em 10 de outubro de 2013, narra, em essência, que:

*"1) Segundo consta dos autos, no curso das atividades entre **19 de setembro de 2011 e 24 de setembro de 2011,** denominadas Estágio de Patrulhas de Longo Alcance Com Características Especiais da Academia Militar das Agulhas Negras AMAN, localizada no Estado do Rio de Janeiro, ocorreu a prática de **Maus-Tratos** que culminou na morte do Cadete Renan Mendonça Borges Gama, no dia 06 de outubro de 2011, consoante se depreende da certidão de óbito acostada às fls. 40 e, ainda, como fartamente divulgado pela Imprensa desde quando a vítima se encontrava internada na UTI, especificamente no Samer - Hospital, localizado na cidade de Resende-RJ.*

2) Com efeito, ficou amplamente comprovado pelos depoimentos dos cadetes que, efetivamente, participaram do aludido Estágio, cujos trechos serão mostrados adiante, que a vítima veio a falecer em decorrência dos Maus-Tratos sofridos durante os quatro últimos dias da Instrução pela falta total de atendimento médico por parte dos instrutores e da médica que, decididamente, supervisionavam e executavam o Estágio, no caso todos os Denunciados, ficando confirmada que a causa da morte da vítima foi a doença RABDOMIÓLISE, agravada pelo excesso de exercícios ministrados à mesma, já que uma das causas da aludida doença são os exercícios físicos intensos, como atividade muscular extenuante e treinamento militar, sendo certo ainda que o boletim médico do Samer Hospital anexado às fls. 961, já destacava o diagnóstico de RABDOMIÓLISE e insuficiência renal da vítima.

*3) É certo que, conforme os depoimentos testemunhais, a doença do falecido **Renan Mendonça Borges Gama - Cadete 1116, Estagiário 77 do Estágio de Patrulhas de Longo Alcance com características Especiais 3° Ano-2011,** começou a dar sinais já em 20.09.2011, numa terça-feira, quando iniciou o Eixo de Evasão da Equipe Punhal da qual pertencia.*

4) Por sua vez, através dos depoimentos das testemunhas contidos nos presentes autos, todos cadetes da AMAN e participantes do Estágio de Patrulhas de Longo Alcance com características Especiais 3° Ano-2011 pode-se depreender como ocorreram os fatos, valendo destacar os que abaixo seguem (grifos nossos):

WILLIAM TEIXEIRA DA SILVA (fls. 204/207)

> *(...) perguntado durante a evasão, quando o Cadete Gama demonstrou sinais de cansaço, respon-*

deu que na fase da evasão entre o Ponto de Liberação e Ponto de Controle Nr 1, percebeu que o Cadete Gama ao longo do deslocamento ficava a retaguarda, um pouco afastado dos demais companheiros, ressaltou que este trecho entre o Ponto de Liberação e Ponto de Controle Nr 1, que segundo sua observação teria por volta de 8 Km, entre subidas e descidas;

(...)

perguntado ***se havia médico ou instrutores durante o deslocamento, respondeu que não, os médicos e instrutores permaneciam nos pontos de controle;***

(...)

respondeu ainda que ***percebeu o cansaço do Cadete Gama pois a conhecia desde EsPCEx, onde durante um exercício, o então Aluno Gama apresentou uma reação semelhante de extremo cansaço, onde foi medicado ao final do exercício, respondeu ainda que em virtude de conhecer o Cadete Gama, percebeu que ele não estava bem;***

(...)

perguntado sobre o prosseguimento, respondeu ***que durante a subida do K2, uma elevação de expressivo porte, o Cadete Gama desmaiou duas vezes, não apresentava sinais de consciência, e após 3 minutos desmaiado*** *foi reanimado pelos companheiros, que perguntavam-lhe sobre sua identificação e que voltou ao estado de consciência, após* ***foi medicado pelos companheiros com soro de reidratação, após decidiu parar por 20 minutos, chamou por auxílio do monitor, que não se lembra se era o Sargento Fischer, quem estava de motocicleta, quem viu sobre o estado de saúde do Cadete Gama, que na oportunidade estava desmaiado,*** *e respondeu que não havia condições do médico chegar até o local, e que a patrulha deveria conduzir o Cadete Gama até após a K2 ou retornar até o ponto de controle anterior;*

perguntado sobre o que decidiu, respondeu que perguntava se o Cadete Gama tinha condições de

continuar e ele respondeu que sim, e então decidiu continuar, ***mas antes retirou todo o material do Cadete Gama e distribuiu entre a patrulha, e que mesmo assim, o Cadete Gama desmaiou pela segunda vez, bem como o Cadete Renato também desmaiou, quando novamente chamou por auxílio do mesmo monitor, e disse-lhe que achava absurdo não ter suporte médico naquele local do exercício,*** *respondeu também* ***que mesmo assim reanimou o Cadete Gama e após mais tempo que da primeira vez, o Gama voltou a si;***

(...)

Em seguida, o Cadete Gama retornou e disse que o Major Corrêa Netto não permitiu que ele fosse atendido por estar sem o equipamento individual.

Em seguida, o depoente determinou que não entregassem o material individual, pois não estava em condições de carregá-lo, ocasião em que deslocou toda a patrulha até a ambulância, onde mais uma vez ***o Major Corrêa Netto impediu o atendimento do Cadete Gama sob alegação de que já havia sido instrutor do I Curso de Comandos, e pela sua experiência já tinha visto situações semelhantes na percepção do que a Cadete Gama estava 'enrolando';***

ressaltou ***ainda*** *e* ***havia uma médica ao lado do Major Corrêa Netto, e que a médica não fez nada naquele ponto, não tendo atendido o Cadete Gama,*** *respondeu ainda que o Major Corrêa Netto determinou que recompletassem* ***os*** *cantis e* ***prosseguissem na marcha até o Ponto de Controle Nr 2,*** *percurso este durante aproximadamente uma hora, e que o Cadete Gama solicitou pelo seu equipamento individual;*

perguntado o que ocorreu ***após o ponto de controle Nr 2, respondeu que no Ponto de Controle Nr 2, foi retirado de próximo da patrulha, por cerca de dez minutos,*** *e* ***depois retornou junto a patrulha, e foram até o Ponto de Controle Nr 3,*** *nesse trajeto de subida* ***novamente, o Cadete Gama***

voltou a passar mal e ter alucinações, quando chamou por auxílio pelo monitor, Sgt Gomes, que conduziu o Cadete Gama pelo processo do bombeiro, até a descida da cota, onde havia uma viatura, onde embarcaram o Cadete Gama;

perguntado se o Major Corrêa Netto estava nessa posição, respondeu que sim;

perguntado ***o que ocorreu no Ponto de Controle Nr 3,*** *respondeu que de qual a patrulha era o estagiário 77, no caso o Cadete Gama, e que após se identificarem, foram determinados para ir até o chuveiro, quando* ***era dito pelo Major Corrêa Netto ao Cadete Gama que os companheiros estavam na água por causa dele, mas o Cadete Gama não percebia, pois não abria nem os olhos.***

respondeu que ***no período de aprestamento individual também percebia que o Cadete Gama foi trazido para perto da patrulha, estava molhado e tremia muito, mas não lhe era permitido, pelo mesmo Major, que a patrulha que trocasse o uniforme, e que se a patrulha assim o fizesse, toda a patrulha 'iria para água'.***

respondeu ainda que depois procurou pelo Capitão Cid, que determinou que toda a patrulha tomasse sopa quente e a levasse para a região de descanso, ***e que não sabe se até aquele momento o Cadete Gama recebeu atendimento médico, embora na presença do depoente o cadete não recebeu esse atendimento.***

Depois de consumir a sopa, descansasse e continuasse o exercício.

respondeu que ***na saída do Ponto de Controle Nr 3, o cadete Gama ficava para trás, este fato foi percebido pelo Capitão Chiarato, que determinou que enquanto o Cadete Gama não arrumasse seu material e chegasse junto a patrulha, os integrantes foram mandados para a água.***

Na chegada do trem, o Cadete Gama desmaiou novamente, quando foi conduzido pelo Cadete Mario Sérgio até a Esplanada Ministro Dutra,

onde o Cadete Gama retornou a andar, e que na altura da estrela, no interior da AMAN, o Cadete Gama teve novo desmaio, a partir de quando foi carregado até o mastro da Bandeira, a partir de quando não viu mais o Cadete Gama.

HERICH PIMENTEL PAIVA DA SILVA (fls.208/211)

(...)

perguntado sobre o comportamento do Cadete Gama no início da evasão, ***respondeu que ele ficava para trás e apresentava cansaço, mas todos chegaram juntos ao Ponto de Controle Nr i.*** *Entre os Pontos de Controle Nr 1 e 2, que representou* ***o trecho mais difícil do percurso devido ao calor e as elevações, o Cadete Gama reclamou de cansaço. Ainda nesse trecho, na subida da elevação denominada K2, o Cadete Gama desmaiou, permanecendo pouco tempo nessa situação.***

(...)

O Major Corrêa Netto se dirigiu a patrulha dizendo que já havia sido instrutor do Curso de Comandos, que já conhecia aquele 'teatro', que a patrulha conduzia dois sacos de merda, referindo-se aos dois estagiários, no caso os Cadetes Gama e Renato, e que se os dois entrassem no rio, eles iam melhorar. Os dois foram molhados no rio, e a partir dali seguiram para o próximo ponto sem serem atendidos, permanecendo a ambulância naquele local.

(...)

Em seguida, ***o Cadete Gama começou a passar mal durante a subida de uma elevação, quando no meio desse percurso, e que não subiria mais e ter alucinações e dizer coisas que não tinham sentido.*** *No primeiro momento, a patrulha conseguiu levantar o Cadete Gama e conduzi-lo por mais alguns metros, e ao chegar no topo da elevação, continuaram prosseguindo acompanhados pelo monitor,* ***e no momento da descida, o Cadete Gama, já sem equipamento, sentou novamente e repetir coisas sem sentidos, perguntado se até este momento, o Cade-***

te Gama recebeu algum atendimento médico, *respondeu que,* ***segundo sabe, não até esse momento;***

(...)

perguntado sobre o procedimento ao chegar nessa viatura, respondeu que o Cadete foi colocado na viatura e seu material também. ***O monitor disse que iria conduzir o Cadete até o Ponto de Controle Nr 3, onde receberia atendimento médico, e que a patrulha perdeu o contato com o Cadete Gama, perguntado sobre qual o procedimento ao chegar no Ponto de Controle Nr 3, respondeu que encontrou o Cadete Gama molhado e sentado no chão, que o Major Corrêa Netto ridicularizava o Cadete Gama, chamando-o de fraco sem recordar-se das palavras proferidas, todas citadas pelo Major Corrêa Netto, com a concordância dos demais instrutores.***

(...)

perguntado se houve algum atendimento médico nesse ponto, respondeu que não sabe precisar pois não viu, e que encontrou, ao chegar nesse ponto, o Cadete Gama molhado, e foi informado por outros cadetes, que tinham recebido ordem para esvaziar seus cantis no Cadete Gama, por ordem do Major Corrêa Netto, e que o Cadete Gama estava sem condições de ficar de pé naquele momento. ***Acrescentou ainda, que após o exercício, em conversa com o Cadete Câmara, do Curso de Artilharia, que o Major Corrêa Netto teria dito que se o estagiário 77 quisesse ser atendido, teria que ficar de pé;***

(...)

e ao chegar ***no Ponto de Controle Nr 5, observou as outras patrulhas descansando e foram liberados para descansar, menos o estagiário 77, no caso o Cadete Gama, que foi liberado para descansar também mas ficou isolado por ordem do Major Corrêa Netto, respondeu ainda que estava frio, era por volta de três horas da manhã, mas o Cadete Gama foi impedido pelo Major Corrêa Netto de***

usar material de proteção, enquanto aos demais foi permitido;

CAIO CÉSAR ALEXANDRE NEVES DE OLIVEIRA (fls. 223/227)

(...)

Disse ainda que a visita médica foi negada pelo Major Corrêa Netto e que só seria possível no Ponto de Controle Nr 2, acrescentou ainda que aquele ponto onde estava a ambulância não era um ponto de controle previsto na evasão;

(...)

Disse que o Cadete Gama estava encharcado, e que o Capitão Cid não permitiu a troca do uniforme do Cadete Gama.

(...)

Nesta oportunidade, o depoente ***observou que o Cadete Gama demonstrava estar sentindo bastante frio e estava desnorteado. Durante o aprestamento, o Capitão Chiarato disse que o Estagiário 77 também faria o aprestamento junto com a patrulha.***

(...)

Disse que não recorda bem quando, o depoente conduzia seu material e o Cadete Evandro Luis; perguntava ao Cadete Gama sobre sua identidade, mas o Cadete Gama não respondia acertadamente. Nessa oportunidade, disse ***que o Major Corrêa Netto se aproximou e dirigiu-se ao Estagiário 108 (Cadete Evandro Luis) nos seguintes termos: 'O, 108, deixa de ser inocente. Você não está vendo que o 77 está embromando (ou enganando, pois o depoente não se recorda o termo empregado). Você acha que eu sou, louco? Você acha que eu mandaria ele continuar se ele não tivesse condições? Eu já fui instrutor do Curso de Comandos.'***

(...)

perguntado ***se presenciou o atendimento médico ao estagiário 77 no Ponto de Controle Nr 3, respondeu que não viu o atendimento, mas foi***

chamado pelo Capitão Cid, junto com o Cadete Rodrigues até uma posição em que estavam o Cadete Gama e a médica, e que esta não falou nada depois que o Capitão Cid falou que o Cadete Gama continuaria no exercício;

(...)

Disse ***também que o Cadete Aquiles verificando a situação do Cadete Gama solicitou a um elemento da equipe de saúde que atendesse o Cadete Gama, mas esse elemento disse que antes deveria ser solicitado ao Major. Então, o Cadete Aquiles procurou o Major, e ambos vieram ao encontro do Cadete Gama, sem este ser atendido,*** *e não se recorda o que o Major Corrêa Netto comentou,* ***disse que o Major Corrêa Netto estava acompanhado de outros instrutores, mas não se recorda quem.***

VANDRÉ DE OLIVEIRA TIMM (fls. 228/229)

(...)

perguntado em quais pontos teve contato com o Cadete Gama, respondeu que ***na descida do K2, cruzou com o Cadete Gama, e este disse que não foi atendido pelo médico pois estava sem equipamento. Disse também que a vez seguinte que viu o Cadete Gama foi no Ponto de Controle Nr 3, onde observou o Cadete Gama ser chamado de 'moleque' algumas vezes, e onde a patrulha do depoente recebeu ordem do Major Corrêa Netto de esvaziar os cantis, jogando a água sobre o Estagiário 77 que estava de pé. Em seguida, o Major Corrêa Netto disse várias vezes que o Estagiário 77 só seria atendido após colocar a mochila, e como o Cadete Gama não apresentava reação,*** *alguns integrantes da patrulha do depoente auxiliaram o Cadete Gama a equipar-se e conduziram-no a visita médica.*

BRUNO VIEIRA CHIQUETTI (fls. 230/231)

(...)

perguntado em quais pontos ***teve contato com o Cadete Gama, respondeu que pouco antes de***

chegar ao Ponto de Controle Nr 3, observou o Cadete Gama sentado no chão, com alguns companheiros da patrulha dele em volta e encontrou novamente no Ponto de Controle Nr 3. Neste Ponto de Controle viu o Cadete Gama falando com o Major Corrêa Netto, que dizia que o Estagiário 77 era 'playboy, filhinho de papai', e que se quisesse ir na visita médica deveria pôr a mochila nas costas.

Disse ainda ***que sua patrulha recebeu ordem do Major Corrêa Netto de esvaziar os cantis, jogando a água sobre o Estagiário 77 que estava de pé. Disse que o Major Corrêa Netto disse várias vezes que o Estagiário 77 só seria atendido após colocar a mochila.***

FILIPE DE GÓIS CÂMARA (fls. 235/238)

(...)

Acrescentou que, na visão do depoente, o estagiário 77 não tinha condições de andar sozinho. Acrescentou o depoente que escutava o Major Corrêa Netto chamar o estagiário 77 de 'filho-da-puta', e que se levantasse e fosse a visita médica.

Acrescentou que foi solicitado pelos companheiros para conduzirem o estagiário 77 a visita médica, e o instrutor respondeu que ele deveria ir sozinho.

(...)

Disse que na descida do trem, na visão do depoente, o estagiário 77 voltou a sentir-se mal, sendo necessária a distribuição de seu equipamento. Acrescentou que, na entrada da AMAN, ouviu o Major Corrêa Netto dirigir-se ao estagiário 77 nos seguintes termos: 'O estagiário, você não vale o pau que chupa.'

JOSÉ RENATO DE SOUZA E SILVA JÚNIOR (fls. 239/241)

(...)

Disse que ***na subida da elevação denominada K2, o depoente perdeu os sentidos e desmaiou, quando o Cadete Fahel ajudou-o a se recuperar.***

Disse que na descida do K2, observou o Cadete Gama vindo em direção contrária e do sopé da elevação, cerca de 200 metros de onde estava a ambulância, afirmando que a visita médica lhe fora negada por estar sem mochila e equipamento, fato também presenciado pelo Cadete Paiva.

(...)

Acrescentou que entre os Pontos de Controle Nr 2 e 3, em uma subida, o Cadete Gama começou a falar coisas sem sentido e ficar para trás. Nesse momento, um monitor passou a auxiliar na orientação da patrulha e esta foi seguindo o monitor.

Em certo momento, o Cadete Gama começou a engatinhar, era auxiliado pelos companheiros a andar e voltava a falar coisas sem sentido, quando foi retirada a sua mochila e equipamento, e ele se sentou.

(...)

Disse ainda que neste ponto ouviu o Major Corrêa Netto se dirigir ao estagiário 77 como 'um fraco, um saco de bostas, e que estava simulando'. O depoente disse ainda que não viu o estagiário 77 ser atendido pelo médico.

(...)

No Ponto de Controle Nr 5, a patrulha foi autorizada a descansar, aos estagiários 77 e 107 não foi dada pelo Major Corrêa Netto a oportunidade de se agasalhar e de se alimentar conforme fora dada aos demais. Disse que estava frio no momento do descanso.

LUIZ HENRIQUE BERTONI BARBOSA (fls. 242/244)

(...)

Disse que encontrou o Cadete Gama no Ponto de Controle Nr 3. Disse que quando sua patrulha chegou nesse ponto, viu o Cadete Gama em pé e cadetes de uma outra patrulha jogar água de seus cantis no Cadete Gama, e que foi dada a mesma ordem para sua patrulha para jogar água de seus cantis no Cadete Gama.

Disse que nesse momento ventava e estava frio. Acrescentou que o Cadete Gama ficou completamente encharcado, não sendo permitida pelo Major Corrêa Netto a troca do uniforme de pelos companheiros.

Disse que o Cadete Pablo Santos continuou a jogar água na cabeça do estagiário 77, quando, na percepção do depoente, ***o Major Corrêa Netto não queria que o estagiário 77 bebesse água, tendo advertido com xingamentos o Cadete Pablo Santos depois de sua ação.***

Depois disso, toda a patrulha do depoente voltou a entrar em forma, ***e o Major Corrêa Netto determinou que o estagiário 77 fosse a visita médica, sem que este apresentasse qualquer reação física, permanecendo sentado e fazendo expressões faciais como se fossem de dores, e o depoente e os Cadetes Chiquetti e Danilo Batista auxiliaram na colocação da mochila e na condução até o médico Disse também que conduziram o Cadete Gama até a presença da Tenente Knopp,*** *valendo ressaltar que antes de chegar até a ambulância,* ***o Cadete Gama, embora amparado pelos referidos cadetes, não conseguia continuar e pedia para parar pois estava com muita dor, ocasião que o depoente solicitou ao Major Corrêa Netto que fosse autorizada a desequipagem do estagiário 77, o que foi negado em um primeiro momento.***

Disse ainda ***que antes de dormir, foi até a ambulância falar com a Tenente Knopp, e perguntou a ela o que teria acontecido com o estagiário 77, e ela disse que ele estava bem, mas não respondia o que tinha, o que prejudicava o trabalho dela, mas ele estava consciente.***

(...)

Ela respondeu que já tinha retirado o uniforme do Cadete Gama e inspecionado, e que a única coisa que ele apresentava eram escoriações nas costas. *Disse a Tenente Knopp* ***que na sua*** *opinião, que não estava consciente,* ***e ela respondeu que***

de estava consciente sim, que não queria falar e que, segundo ela, seria fraqueza psicológica dele.

Acrescentou que junto a Tenente Knopp havia um sargento e outro atendente, que afirmaram também que parecia fraqueza psicológica do cadete.

(...)

Durante o embarque no trem, o Cadete Gama avisou ao depoente que estava muito fraco e não conseguia ficar em pé, então o depoente falou ao Cadete Gama para solicitar visita médica, e o Cadete Gama solicitou, e o Major Corrêa Netto disse para alguém dar um saco plástico para o Cadete Gama e que se passasse mal, vomitasse no saco plástico. *O depoente disse ainda* ***que o Major Corrêa Netto falou para o 77 que a vontade dele era colocá-lo no fundo vagão para que se ele vomitasse, o fizesse sobre os companheiros e não teve atendimento médico ao Cadete Gama nesta oportunidade.***

TULIO MOREIRA (fls. 392/393)

(...)

E foi encontrar novamente o estagiário 77 na Análise Pós-Ação (APA) conduzida pelo Major Corrêa Netto no Ponto de Controle Nr 5 na manhã de sábado, ***e o Major proibiu que o 77 assistisse a APA junto com os demais estagiários,*** *e foi ver* ***o 77 novamente dentro do trem, onde o depoente ouviu o 77 falar com o Capitão Cid: 'Instrutor, estou passando mal!', e o Capitão Cid respondeu 'Estagiário, agora não posso fazer mais nada. A equipe médica já partiu.' E o Major Corrêa Netto disse para os estagiários que estavam ao lado do 77: 'Cuidado que o vagabundo vai vomitar em vocês.',*** *e o depoente que estava um pouco mais afastado, disse para alguém entregar um saco plástico para ele. Em seguida, o Major Corrêa Netto pediu dois cabos solteiros (corda de quatro metros para utilidade diversa), um para o 77 e outro para o 107, e o 77 respondeu que havia*

*perdido o seu durante o exercício, e o Major Corrêa Netto disse: **'Vamos ver se o vagabundo tem amigo',** e o Cadete Vandré Oliveira entregou o seu cabo solteiro.*

EVANDRO LUÍS DA SILVA CONCEIÇÃO (fls. 250/253)

(...)

*perguntado, respondeu que participou do mesmo estágio da SIEsp que o Cadete Gama. Disse que durante todo o exercício. Na evasão, até a subida do K2, o 77 apresentava-se apenas cansado. Na subida do K2, todos os estagiários estavam cansados e o depoente sentia cãibras nas pernas e suas pernas 'travavam'. **Na subida do K2, o depoente viu o 77 desmaiar em duas oportunidades.***

(...)

*No final da descida, **o depoente perguntou ao 77 se ele tinha ido a visita médica, que respondeu que Major Corrêa Netto falou que só quando a patrulha estivesse reunida.** A seguir, o Cadete Renato solicitou a visita médica, que foi negada pelo Major Corrêa Netto. **Nesta oportunidade, o Major Corrêa Netto disse para o Cadete Renato que ele era o médico** e perguntou o que havia acontecido.*

(...)

*Disse ainda que no momento **que o 77 estava sentado, na visão do depoente, estava passando mal e cansado, e neste ponto de controle não foi atendido pelo médico, mas o Cadete Almeida foi atendido neste local.***

*Em uma elevação entre os Pontos de Controle Nr 2 e 3, **o 77 começou a tropeçar e ficar para trás, e o depoente acompanhava-o, vendo o 77 cair a sua frente e ficarem bem para trás da patrulha, e o depoente achava que o 77 estava passando mal e cansado, mas o 77 falava coisas sem nexos, do tipo 'eu preciso ir para o cirurgião plástico'***

(...)

*Nisso o Sargento Gomes ficava balizando o local que a patrulha deveria atingir com uma lanterna, **e***

no alto da elevação o Cadete Gama sentou e ficou dizendo que ficaria ali e que queria ir na visita médica. Nisso o Sargento Gomes foi falar com o Cadete Gama, perguntando-lhe nome, idade, e depois pôs o 77 nas costas e conduziu-o no processo do 'bombeiro'.

(...)

Nisso o Major Corrêa Netto determinou que a patrulha ficasse em linha e disse para o Cadete Bertoni ***que virasse o 77 para sua patrulha e gritando com o 77 dizendo que ele estava fazendo teatro e que a patrulha estava molhada por causa dele.***

(...)

O Major Corrêa Netto passou a gritar com o depoente perguntando se ele era tão inocente assim para acreditar no teatro do 77, e disse que tinha quatro anos de comandos e sabia reconhecer vagabundo,

(...)

Disse ainda que nesse ponto de controle ventava e fazia frio. *E foi determinado que auxiliassem o 77 no aprestamento. Ele participou normalmente e depois foram liberados Para o descanso por uma hora.* ***Na saída do Ponto de Controle Nr 3, o Capitão Chiarato viu que a patrulha estava parada e disse que o 77 estava atrasando a patrulha e que se demorassem iriam para água, e mandou que outros integrantes da patrulha ficassem a frente do lago.***

(...)

Determinou que um desses fosse para o descanso, ***o Major Corrêa Netto determinou que o 77 se juntasse ao 107 que estava mais afastado e já dormindo, e disse que o 77 não poderia utilizar agasalho para o pernoite, e o depoente falou que estava frio.***

Durante a APA, o Major Corrêa Netto ***estava elogiando o turno, dizendo que era o melhor que já tinha visto e determinou que o 77 saísse, pois não merecia estar junto com os demais.***

(...)

No trem, o 77 disse ao depoente que estava enjoado, e disse que havia um instrutor na porta do trem, que não se recorda quem, e ***este instrutor disse: 'Está passando mal? Vai vomitar? Vomita no da frente!'***

(...)

Neste momento, ***o Major Márcio Santos viu e perguntou: 'o que é isso aí?'. Neste instante, o Major Corrêa Netto se aproximou e perguntou ao 77 se ele não estava cansado de fazer teatro,*** *e determinou que levantassem ele pois já iriam prosseguir, então levantaram o 77 e prosseguiram para a AMAN.*

MÁRCIO BRUNO TAVARES ALVES (fls. 254/257)

(...)

Após pegarem água no córrego o depoente pegou 077 e foram até a ambulância, e o depoente falou com o Major Corrêa Netto que o 77 havia pedido para ir a visita médica. ***Neste momento,*** *o Major Corrêa Netto negou e disse que havia sido instrutor do Curso de Comandos por três anos, conhecia vagabundo e que se quisesse visita médica, teria no Ponto de Controle Nr 2;*

(...)

No momento da descida, ***o 77 sentava toda hora, e dizia 'porque estavam fazendo aquilo com ele, que não estava de brincadeira', e a patrulha como um todo acreditava que ele estava 'embromando', e que os integrantes da patrulha incentivavam o 77 a prosseguir, dando uma carga no 77. Poucos metros mais a frente, sentou mais uma vez e disse que não ia prosseguir. Quando o Sargento Gomes se aproximou e o 77 estava desnorteado e chamou o monitor de pai, quando o Sargento Gomes o colocou nas costas e conduziu o 77 no processo do 'bombeiro' até uma viatura no sopé da elevação***

(...)

O depoente ouviu dizer que molharam o 77, e que viu ele dormir molhado. Disse ainda que es-

tava frio e que era por volta das 23h00, e não viu se ele foi agasalhado para dormir.

Na saída do Ponto de Controle Nr 3, disse que o 77 solicitou que aguardassem para que arrumasse sua mochila, ***quando o Capitão Chiarato viu a patrulha parada e foi verificar porque estavam parados, e como viu que o 77 estava se ajeitando, determinou que os integrantes da patrulha fossem indo para água****,*

(...)

*Entre os Pontos de Controle Nr 4 e 5****, o 77 estava debilitado e seu material foi distribuído entre os companheiros o 77 dizia 'porque estavam brincando e fazendo aquilo com ele'***

Nesse percurso, o Major Corrêa Netto passou embarcado em uma viatura e percebeu que a patrulha estava dispersa, e o depoente falou ao Major Corrêa Netto que o 77 precisava de visita médica, que ouviu como resposta que o Ponto de Controle Nr 5 estava próximo

(...)

então a patrulha continuou até o Ponto de Controle Nr 5. Nesse ponto de controle, a ***patrulha chegou por volta de três horas da manhã, e foi designado ao lado da igreja para que a patrulha dormisse, e o Major Corrêa Netto disse que tinha um tratamento especial para vagabundo e colocou o 77 próximo do 107, afastado uns 15 ou 20 metros da sua patrulha; perguntado se viu algum atendimento médico ao 77 nesse ponto, respondeu que não viu, mas crê que não foi atendido.***

(...)

Disse ainda que o Major Corrêa Netto não deixou que o 77 não utilizasse nenhum agasalho e estava frio.

(...)

Disse ainda que não pediu visita médica para o 77 e que não viu ninguém pedindo, e ele apresentava estar debilitado, só sentia sede e bebia muita água.

> ***Disse que no amanhecer, após a higiene, foi oferecido pão para o 77 pelos integrantes da patrulha e cerca de cinco minutos após ter comido, ele vomitou,*** *fato que não foi presenciado por nenhum instrutor, monitor ou médico, e em seguida o Cadete Pablo Santos permaneceu com o 77 e o Cadete Arquiles foi chamar a Tenente Knopp, e o depoente não viu se o 77 foi atendido.*

5) Todas essas narrativas acima destacadas foram ratificadas pelo depoimento do Capitão de Artilharia GUSTAVO CAIO NORO FERNANDES BARBOSA anexado às fls. 1525/1526, confirmando o tratamento impróprio e inadequado dispensado à vítima, além da falta de atendimento médico.

6) O Denunciado Major URUBATÃ MUTERLE GAMA, Coordenador Geral e Instrutor-Chefe do Exercício da SIEsp (fls. 232 e fls. 813/814), afirmou que o trecho no qual a vítima começou a passar mal, apresentando problemas de saúde e, por sua vez, iniciando seu momento crítico era uma elevação denominada K2, de difícil acesso para ambulância, sendo que o mesmo também afirmou que os médicos e Instrutores do Estágio foram orientados acerca dos problemas de saúde e que, em caso de necessidade, seria possível realizar até mesmo uma evacuação aeromédica, de qualquer ponto do exercício. Ocorre que, o citado Denunciado não fiscalizou o exercício de forma suficiente para providenciar o devido socorro, vez que afirmou ter apenas sobrevoado o local do Estágio. Aduziu, ainda, que cada evasão dispunha de duas ambulâncias e dois médicos no exercício. Todavia, os instrutores e a médica que participavam do exercício, inclusive o Major URUBATÃ, ora Denunciados, em momento algum tomaram qualquer providência para socorrer a vítima, no caso o falecido Cadete Renan Mendonça Borges Gama (Estagiário 77). Dentre os fatos delituosos atribuídos ao 1° Denunciado, na condição de Coordenador Geral do Exercício e Chefe da Instrução da SIEsp destacamos que, também, descumpriu a Ordem de Instrução nº 8 que prescreve todos os cuidados que devem ser adotados durante a referida instrução.

7) Embora a formação de oficiais seja rigorosa, vez que são líderes a qualquer tempo, são, sobretudo, responsáveis pela saúde e pelas vidas de seus comandados em quaisquer circunstâncias ainda que adversas.

8) Os Denunciados sabiam que embora a instrução tenha como objetivo causar exaustão física e psicológica ao instruendo, levando-o a atingir ou até mesmo ultrapassar seus próprios limites de resistência e 'stress' emocional, deveriam, também, saber o que exigir de cada um de seus estagiários, porém com equilíbrio e percepção aguçada, a fim de evitar que os cadetes se exponham a perigo o que, lamentavelmente, não ocorreu no citado Estágio, muito pelo contrário, abusaram dos meios de correção e disciplina, terminando por adotar castigos excessivos agravando a saúde do cadete Renan e, portanto, contribuindo de maneira rápida e eficaz para a morte do mesmo, fato extremamente grave e que foi amplamente divulgado pela Imprensa, conforme se vê das notas abaixo:

(...)

9) Com efeito, dentre os fatos delituosos atribuídos ao 2° Denunciado, destacamos que mesmo estando o Cadete Renan bastante debilitado negou atendimento médico ao mesmo, determinando que prosseguisse no exercício, sendo que no Ponto de Controle Nr 5, no qual as patrulhas descansavam, mandou que o Cadete Gama se isolasse dos demais colegas ocasião em que negou o uso de uma proteção contra o frio e alimentação, ofendendo a vítima e duvidando do seu real estado de saúde e, ainda, ridicularizando-a e utilizando termos ofensivos, inclusive palavrões.

10) Com relação ao 3° Denunciado, dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, na condição de Instrutor, destacamos que manteve a vítima no exercício, embora presenciando que o Cadete passava mal.

11) Com relação ao 4° Denunciado, dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, destacamos que na condição de Instrutor do exercício percebeu que a vítima passava mal e, ainda assim, determinou que a mesma continuasse e se juntasse aos demais componentes de sua patrulha.

12) Com relação à 5ª Denunciada, dentre os fatos delituosos atribuídos à mesma, destacamos não ter inicialmente atendido à vítima e quando o fez permitiu que continuasse no exercício, afirmando que o Cadete Renan apresentava tão somente fraqueza psicológica.

13) ***Por isso era dever de toda a equipe de instrução, no caso os Denunciados, primar pela distinção entre uma fi-***

nalidade inicialmente lícita – correção e disciplina – e a ação desmedida, negligente e exagerada, consubstanciadora de Maus-Tratos, impostos por malvadez, intolerância e impaciência.

14) Como se pode verificar nos autos, a Ordem de Instrução n° 8 (fls. 41/176) contém todo o planejamento do Estágio e, às fls. 142 constam as seguintes prescrições de cuidado (grifos nossos):

> *(...)*
>
> *a. Os médicos* ***não deverão ausentar-se dos locais previamente determinados.***
>
> *(...)*
>
> ***d. As equipes médicas deverão estar em todos os pontos de controle no itinerário da Evasão.***
>
> ***e. Deverá haver o acompanhamento médico por ocasião das refeições (horário preferencial das visitas médicas), a fim de verificar problemas motores dos estagiários.***

15) Conforme fls. 58 e seguintes, a cópia do documento Apd I ao An 'A' - PLANO DE PRESSÃO PSICOLÓGICA (TRATAMENTO E CONDUTA DA Eqp Instr PARA COM O ESTAGIÁRIO), traz em sua definição os objetivos da pressão psicológica adotada no exercício dispondo que: 'Neste plano, define-se como pressão psicológica o conjunto de atividades e atitudes adotadas pelo Instr Ch com relação aos estagiários, por vezes delegadas aos instrutores a fim de criar um clima de tensão, de desconforto e de ansiedade - simulando o existente em combate. Tudo isto visa à obtenção das reações necessárias e adequadas ao futuro líder militar, por meio da observação, do estímulo, do desenvolvimento e da manifestação de seus atributos da área afetiva, particularmente quando no exercício de funções de comando, durante as instruções e operações dos Estágios de instrução Especial'.

16) Tal documento também apresenta fatores que determinam a simulação de ambiente de combate: 'A restrição da comida, com objetivos didáticos no contexto do exercício (Ex Prep para Instr de sobrevivência etc., o compartilhamento da refeição ou a penalização por deficiente manutenção do armamento), e a obrigatoriedade do fornecimento de água em horá-

rios predeterminados ou de se coletá-la no ambiente operacional, quando for o caso'. (grifos nossos)

17) Entretanto, o mesmo documento adverte quanto à ***sistematização da aplicação da pressão psicológica que deve ser de forma planejada, justa, efetiva e equilibrada, restringindo-se a subjetividade (preferências e rejeições) da equipe de instrução, este plano será aplicado segundo premissas básicas, (grifos nossos)***

18) Com efeito, o item 'd' do Apêndice do Plano de Pressão Psicológica é impositivo quanto ao tratamento que deve ser dispensado ao estagiário, Senão Vejamos (fls. 59): (grifos nossos).

> *(...)*
>
> *2) Não deverão ocorrer as seguintes formas de Tratamento ou Condutas por parte da Eqp instr, por causarem efeitos contrários aos objetivos preestabelecidos –* ***humilhações e críticas irônicas,*** *inclusive quanto a escolha de arma, quadro ou serviço e classificação intelectual dos estagiários;*
>
> *– uso da família como forma de levar a melancolia;*
>
> ***– restrição ao consumo de água;***
>
> ***– uso de palavreado inadequado ou de gritos desnecessários,*** *e*
>
> *– comentários sobre a vida pregressa (pessoal ou profissional) do Estg, pois a avaliação terá como foco único e exclusivo o desempenho durante o período do Estágio.*

19) Ficou amplamente comprovado que o 2° Denunciado, Major BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO, não observou as normas contidas no item ***d), n° 2 do PLANO DE PRESSÃO PSICOLÓGICA*** *acima apontado, pois humilhou e fez críticas irônicas ao cadete Renan, bem como usou palavreado inadequado e gritos desnecessários, conforme se verifica dos depoimentos anteriormente mencionados.*

20) Outrossim, o mesmo plano de pressão psicológica apresenta um 'escalonamento da aplicação do tratamento e conduta', ***determinando os motivos pelos quais o estagiário poderá ser afastado do Estágio.***

(...)

21) É indiscutível que, o Cadete Renan Mendonça Borges Gama desmaiou diversas vezes, em diversos momentos, e queixou-se que não estava passando bem, a ponto de ter que ser carregado por um dos monitores em um determinado trecho e, ainda assim, todas essas circunstâncias não foram suficientes para que a médica, ora a 5ª Denunciada, bem como todos os demais Denunciados promovessem o seu afastamento do treinamento.

22) Não resta dúvida, por todas as narrativas das testemunhas ouvidas que o Cadete Renan foi vítima de Maus-Tratos perpetrados pelos Denunciados, pela postura inadequada e negligente para aquele momento, expondo a perigo sua saúde e vida pelos que tinham o dever de garantir sua incolumidade física, conforme previsto nos manuais e determinações acerca do exercício aplicado aos alunos da AMAN, os quais estavam sob a autoridade, guarda e vigilância dos Denunciados para os fins de educação e instrução.

23) Restou notório que no aludido Estágio os Denunciados privaram a vítima – Cadete Renan – de cuidados indispensáveis, particularmente o 2° Denunciado, Major BERNARDO ROMÃO ***CORRÊA NETTO,*** *que adotou uma conduta totalmente inadequada com evidente excesso de poder na aplicação dos meios de correção, claramente descumprindo as determinações do PLANO DE PRESSÃO PSICOLÓGICA (TRATAMENTO E CONDUTA DA Eqp Instr PARA COM O ESTAGIÁRIO), tudo com a conivência e concordância dos demais Denunciados que, como já citado, tinham o dever de cuidado e de zelo com a vítima durante a instrução.*

24) A vítima desmaiou várias vezes, o que era motivo suficiente para que fosse providenciada a retirada do cadete Renan do exercício, segundo as NORMAS DE PRESSÃO PSICOLÓGICA PARA SIMULAÇÃO DE HOSTILIDADE (fls. 61), sendo certo ainda que se essa norma não fosse infringida, já seria o bastante para que o Cadete Renan sobrevivesse mas, que, pelo total descaso e o excesso de reprimendas e sem dispensar qualquer tratamento prévio, o levou, inicialmente, ao Hospital da AMAN e, posteriormente, entrando em coma no Hospital Samer de Resende (RJ), com rins e pâncreas paralisados, vindo a falecer no dia 06 de outubro de 2011, pois seu estado de saúde durante o treinamento já era grave.

25) Em que pese o fato de que nos primeiros dias de internação do Cadete Renan, os médicos trabalhassem com as hipóteses de três doenças – Leptospirose, Febre Maculosa ou Rabdomiólise – , dois dias antes da morte da vítima já se confirmava o diagnóstico de Rabdomiólise, como se pode ver pela seguinte nota de Imprensa emitida pelo Hospital Samer:

> *Seguindo aspectos médicos legais informamos que o paciente Renan Mendonça Borges Gama deu entrada para internação no Centro de Terapia Intensiva deste nosocômio às quinze horas e trinta e cinco minutos do dia 24 de setembro de 2011.*
>
> ***O paciente deu entrada com diagnóstico de rabdomiólise e insuficiência renal aguda, sendo necessária terapia renal substitutiva (hemodiálise).***
>
> ***Durante sua evolução apresentou insuficiência respiratória aguda, insuficiência hepática, insuficiência gastrointestinal, sepse, choque séptico refratário a tratamento sendo necessárias doses altas de aminas vasoativas por período prolongado para manutenção de níveis pressóricos, hemorragia cerebral e coma profundo.***
>
> *No dia 04 de outubro de 2011 depois seguir protocolo padrão para diagnóstico de morte encefálica com dois exames clínicos com médicos diferentes, sendo um especialista em neurologia e acrescido de exame complementar foi constatado morte encefálica.*
>
> *Paciente segue no Centro de Terapia Intensiva respirando com ajuda de aparelhos.*
>
> ***Dr. Henrique Miller Balieiro***
> ***Gerente Médico do Hospital SAMER***
> ***CRM 5273451-9***

25.1) O Ofício de fls. 952 expedido pelo IPEC/FIOCRUZ foi taxativo no sentido de confirmar que não tiveram pacientes com suspeita de Febre Maculosa ou Borreiliose no período de 2011 a 29 de maio de 2012, tampouco quanto ao Serviço de Epidemiologia da Secretaria Municipal de Saúde do Município de Resende (fls. 978), ambos ratificados pelo Ofício da Secretaria de Vigilância em Saúde - Ministério da Saúde, acostado às fls. 1131/1131 verso.

25.2) Ressalte-se que, o ex-cadete Renan Mendonça Borges Gama, segundo os termos do Ofício de fls. 1317 não se submeteu à Inspeção de Saúde para a realização do Estágio de Patrulhas de Longo Alcance o que, decididamente, agrava mais ainda a situação, pois o mesmo já poderia estar inapto a participar do aludido Estágio.

26) Outrossim, no Termo de Declaração do Dr. ***HENRIQUE MILLER BALIEIRO*** *(CREMERJ 73.451-9), prestado na 89ª Delegacia Policial (Resende), em 19.10.2011, às fls. 1.005/1.006, ficou confirmada a referida doença sendo que, 'a causa de óbito foi hemorragia cerebral, em conseqüência de rabdomiólise e sepse (...) que já deu entrada no hospital SAMER, militar da AMAN com Quadro de rabdomiólise', pelo que até então não restava qualquer dúvida de que o ex-cadete Renan Mendonça Borges Gama fora acometido de Rabdomiólise. (grifos nossos).*

27) Com efeito, o Laudo Complementar de Necrópsia constante de fls. 1142/1150 não deve ser considerado, pois não é conclusivo já que aponta como causa da morte EDEMA CEREBRAL, EDEMA PULMONAR e ANASARCA, portanto de ***maneira genérica, sem definição concreta e clara****, o que no caso dos autos o torna imprestável como prova técnica, ao contrário do documento anexado às fls. 987/988, emitido pelo SAMER HOSPITAL, que aponta no* ***item 17*** *como causa da morte RABDOMIÓLISE, INSUFICIÊNCIA RENAL AGUDA, INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA e HEMORRAGIA CEREBRAL.*

28) Diante de uma prova técnica inconclusiva, o MPM não apenas indicou ao Juízo o Perito Legista Tenente Coronel – Médico Dr. ***LEVÍ INIMÁ DE MIRANDA,*** *CREMERJ 37.852-9 – Mat. PCERJ 870.847-1, consagrado e respeitado médico, como promoveu inúmeras diligências visando à elaboração de um novo Laudo ou Parecer a fim de dissipar quaisquer dúvidas, apontando claramente e concretamente a 'causa mortis' do Cadete Renan (fls. 1152/1153).*

29) Tal perícia, de forma cristalina e precisa, resultou no Laudo de fls. 1182/1315, cuja minúcia de detalhes não deixa dúvidas acerca da causa da morte do Cadete Renan, ocorrida pelo acometimento da ***rabdomiólise,*** *tendo dado entrada no Hospital Samer já apresentando esse quadro, decorrente de ati-*

vidade física extenuante e falta de atendimento médico, o que, em apertadíssima síntese, se conclui:

> *Com relação ao quadro apresentado pelo cadete Renan Mendonça Borges Gama, há que salientar o fato de ter sido o quadro considerado como infecto-contagioso (Doença de Lyme ou Borreliose; Tifo Murino; Febre Maculosa brasileira) pela AMAN.*
>
> *Ele não apresentava qualquer patologia pregressa registrada em sua ficha médica. E estava apto para a instrução última que participou.*
>
> *Sequer foi realizado um Inquérito Epidemiológico por aquela Academia Militar. E também, dentre o universo de cadetes que participaram daquela instrução, não é crível que somente ele fosse acometido de doença infectocontagiosa (Doença de Lyme ou Borreliose; Tifo Murino; Febre Maculosa brasileira). Os demais cadetes nada apresentaram (?!).*
>
> *E quantos casos houve, naquela Academia Militar, de casos de Doença de Lyme ou Borreliose, Tifo Murino e Febre Maculosa brasileira nos cadetes que participaram de instruções naquela área, nos últimos cinco anos? Nenhum caso houve.*
>
> *Ele não teve febre, calafrios, dor abdominal, prostração, delírio, cefaleia, artralgias, petéquias, pápulas, exantemas, sufusões hemorrágicas e fenômenos hemorrágicos (epistaxe, gengivorragia, hemoptise, enterorragia, perda de sangue na urina), icterícia, Eritema Cutâneo migratório, estado gripal etc. Ele se queixou, tão-somente, de dor no dorso do tórax e cansaço, além de ter apresentado vômitos e perda da consciência, por fim.*
>
> *E, ao dar entrada no Hospital Escolar, ele apresentava taquicardia, palidez cutânea, hipotensão arterial e anúria; tinha baixos níveis de sódio e potássio, uréia e creatinina elevadas, TGO e TGP também bastante elevadas, além de importante elevação da creatino-fosfoquinase. O diagnóstico correta e inicialmente firmado foi de Distúrbio Hidro eletrolítico, Insuficiência renal Aguda e Rabdomiólise.*

Durante a internação no Hospital SAMER, o ex-cadete Renan Mendonça Borges Gama recebeu tratamento antimicrobiano composto pelos seguintes antibióticos: Doxaciclina; Cefitriaxona; Clindamicina; Tazocin; e Meropenem. Logo, foi preventivamente tratado também para bactérias do grupo das Rickettisioses, com a Doxaciclina. Cabe lembrar que a Doxaciclina é medicamento de primeira escolha para infecções por Rickettsias. Também foi tratado com antibióticos de largo espectro.

A sorologia para Febre Maculosa brasileira (Rickettsia) foi negativa. A questão da Febre Maculosa brasileira já estava resolvida com o resultado sorológico negativo. O quadro clínico não era compatível com Doença de Lyme, Febre Maculosa brasileira e tampouco Tifo Murino; e o paciente fora tratado com Doxaciclina, que é medicamento de primeira escolha para as Rickettsias.

Das Informações Epidemiológicas determinadas pelo Ministério Público Militar, da Iª PJM, restou claro que, no Hospital SAMER não houve qualquer atendimento com diagnóstico de Doença de Lyme (Borreliose) e Tifo Murino, anterior a internação do ex-cadete Renan Mendonça Borges Gama.

Das informações prestadas pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), pela Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro (Subsecretária de Vigilância em Saúde) e pela Secretaria Municipal de Resende (Serviço de Epidemiologia), restou claro que não houve qualquer caso de Febre Maculosa brasileira naquele município de Resende.

E quanto ao achado e recolhimento dos 10 (dez) carrapatos retirados do corpo do ex-cadete Renan Mendonça Borges Gama? Que destino foi dado aos artrópodes? Foram jogados fora? Talvez no lixo? Por que não foram entregues a CAP MED Silvana Calais de Freitas, vez que ela acompanhou aquele paciente gravíssimo até o Hospital SAMER - acreditamos que ela o tenha acompanhado... ? Ela não estava presente quando do recebimento do paciente no CTI?

> *Por que médicos militares não se interessaram em enviar os artrópodes para exame em Setor de Zoonoses? Poder-se-iam utilizar do INSTITUTO DE BIOLOGIA DO EXÉRCITO (IBEx) instituto experiente e de excelência, capaz de fazer tal estudo e que, inclusive possui uma fazenda com gado cavalar ou eqüino (?!). Por que não o fizeram? Por que não manifestaram tal interesse? Havia 10 (dez) carrapatos e ninguém fez nada? Ninguém procurou saber se algum daqueles carrapatos estava infectado com Rickettsia?*
>
> ***Portanto, resta cristalino que a* CAUSA MORTIS *do ex-cadete RENAN MENDONÇA BORGES GAMA deveu-se a Rabdomiólise. A doença principiou a dar sinais já em 20.09.2011, numa terça-feira*.**

30) Por outro lado, vale destacar ser inconteste que o risco de ***Rabdomiólise*** *em militares é de farto conhecimento de todos os integrantes das FFAAs, vez que há ocorrência em diversos casos, tanto que,* ***em 11.03.2010, por meio da Portaria n° 129, do Comandante do Exército, foi feito importantíssimo alerta quanto à Rabdomiólise.***

31) *Por sua vez,* ***em 26.10.2010, o Exército Brasileiro divulgou no âmbito de suas Unidades vídeo informativo sobre a Rabdomiólise intitulado 'EXÉRCITO NOTÍCIAS',*** *demonstrando o elevado grau de preocupação com a citada doença, sendo que todos os Denunciados confirmaram ter pleno conhecimento dos termos da citada Portaria como também do referido vídeo, o que acentua mais ainda a impropriedade e negligência que os Denunciados adotaram no tratamento dispensado à vítima.*

32) Como se pode depreender pela farta documentação acerca da estratégia do treinamento e diante de tantas recomendações e dos cuidados que envolviam o treinamento daquela Turma de Cadetes, à qual pertencia o Estagiário 77, que se encontrava sob autoridade, guarda ou vigilância dos ora Denunciados, não restando dúvida de que o mesmo foi privado de cuidados indispensáveis e necessários para aquela circunstância, com o abuso de meios de correção ou disciplina, através de condutas omissivas e comissivas tipificadas no delito de Maus-

Tratos, expondo a perigo a vida do Cadete o que lamentavelmente ocorreu, ensejando, assim, estarem os Denunciados incursos nas sanções previstas ***no artigo 213, § 2º do Código Penal Militar, c/c os ártigos 29, § 2.° e 53, do mesmo diploma legal.***

33) Com efeito, a falta de providências e as omissões praticadas pelos Denunciados foram relevantes para dar causa a morte do Cadete Renan, eis que se tivessem agido para evitar o resultado, como impunha suas funções e as normas anteriormente mencionadas, o óbito da vítima certamente não teria ocorrido.

Isto posto, espera o ***Ministério Público Militar*** *seja recebida e autuada a presente Denúncia ora oferecida, com o fim de que se instaure a competente Ação Penal, promovendo-se a citação dos Denunciados, sob pena de revelia e intimando as Testemunhas e Informantes abaixo arroladas para prestarem seus respectivos depoimentos, requerendo ao final seja a mesma julgada procedente, aplicando-se aos Denunciados as sanções contidas* ***no artigo 213, § 2° do Código Penal Militar, c/c os artigos 29, §2° e 53, do mesmo diploma legal.*** *(...)".*

Em 18 de dezembro de 2013, o Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM decidiu rejeitar a Denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar (fls. 1.648/1.653), constando da Decisão o seguinte teor:

"(...)

1. O órgão do Ministério Público Militar ofereceu denúncia, às fls. 1.551/1.579, em face do procedimento dos militares abaixo relacionados, já qualificados nos autos, dando-os como incursos no artigo 213, § 2º, c/c os artigos 29, § 2º e 53, todos do Código Penal Militar:

1. MAJOR URUBATÃ MUTERLE GAMA;

2. MAJOR BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO;

3. CAPITÃO MAURO CESAR BARBOSA CID;

4. CAPITÃO RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO; e

5. TENENTE NATHALIA KNOPP LIMA.

2. Assim, cotejando-se a denúncia, veja-se, em apertada síntese, pontilhou o Parquet *das Armas que, a instauração de um processo-crime em face dos denunciados, precisamente pela*

alegada prática de maus-tratos contra o CADETE RENAN MENDONÇA BORGES ***GAMA,*** *resultou no seu óbito em 06.10.2011 (certidão de óbito, à fl. 40).*

2.1. Portanto, narrou a denúncia que, no curso das atividades ocorridas no período de 19 a 24.09.2011, num exercício denominado de Estágio de Patrulhas de Longo Alcance Com Características Especiais realizado na Academia Militar das Agulhas Negras, o então CADETE GAMA sofreu maus-tratos na instrução, relativamente ao excesso e intensidade de exercícios físicos ao qual fora submetido, bem como pela total falta de atendimento médico por parte dos instrutores e pela médica – esta, na ocasião, a TEN NATHALIA KNOPP LIMA –, notadamente pelo quadro fisiológico apresentado pelo Cadete no momento dos exercícios, o que levaria, para a acusação, a exigência de uma diligência maior, por parte dos militares envolvidos no adestramento, de uma presunção de que o CADETE GAMA estivesse acometido de alguma enfermidade, cujo diagnóstico somente veio a se confirmar a posteriori.

2.2. As alegadas condutas de maus-tratos podem ser, em princípio, extraídas das declarações de outros Cadetes que participavam do mesmo exercício. Nesses relatos é demonstrado que o CADETE GAMA, após o deslocamento entre o ponto de liberação e o ponto de controle 1, apresentou sinais de cansaço - trajeto de subidas e descidas -, não havia médico nem instrutores, tendo o CADETE GAMA desmaiado duas vezes, não apresentando sinais de consciência.

3. De logo, devo frisar, ***a título de introdução,*** *três pontos:*

– o primeiro, *que me associo ao sofrimento dos familiares do então CADETE GAMA;*

– o segundo*, que o Relatório/Solução de IPM não acabou por indiciar oficiais e/ou praças, e*

– o terceiro, *que o esperado Laudo de Necropsia* ***(oficial)*** *não apontou como causa da morte a rabdomiólise.*

4. E mais, ainda que não deva adentrar no mérito, 'desse mal' também padeceu outro Cadete de nome RENATO, sendo que no trecho não havia a possibilidade de atendimento médico imediato, segundo informação de um instrutor.

5. Nesse exato compasso, queira ou não, a imputação dirigida, de regra, aos denunciados, resume-se no fato de eles não terem fiscalizado o exercício de forma suficiente para providen-

ciar o devido socorro. Porém, é forçoso reconhecer que o procedimento de cada um dos Oficiais citados na denúncia, em verdade, nada acrescentou no curso causal desses fatos (em si), e não há falar, nessa moldura, de maus-tratos – por omissão.

6. Daí que no escólio de Paulo César Busato (In Fatos e Mitos sobre a Imputação Objetiva. 2008, pág. 14), o autor esclarece:

> *'(...)*
>
> *A relação de atribuição de responsabilidade não passa simplesmente por identificar uma relação de causalidade entre ação e resultado natural, mas sim pelo estabelecimento de uma atribuição que deriva da realização do tipo. Na realidade, o ato de imputar responsabilidade por uma prática delitiva, do ponto de vista do tipo objetivo, pressupõe mais que a identificação de um nexo causal, o qual, presente, não basta para gerar responsabilidade. Isso porém não quer significar que a imputação se resolva tão somente em análise valorativa, já que a ausência de nexo causal impede a atribuição de responsabilidade, ou seja, impede objetivamente a imputação. A causalidade é, pois pressuposto da imputação e não seu elemento (...)'*

7. Destarte, quer fosse ser adotada a rigidez do modelo de imputação concebido por Jakobs, em que temos uma imputação completamente normativa, quer tenhamos a imputação impregnada de elementos empíricos e ontológicos na ótica de Roxin, deve ser compreendido que a causalidade no seu aspecto mais basilar é o pressuposto que, por regra, necessita estar presente em todo delito, o que se não mostra no aludido caso.

8. Ou seja, como se estabelecer o mínimo ***(concreto)*** *de nexo entre o fato de maus-tratos versus a conduta dos denunciados* versus *a morte do Cadete, tudo na medida da reserva do possível, i.e., tomando-se por base o exercício desenvolvido, o local inerente etc., pelo que mais se assemelha – a conduta dos denunciados – à inobservância de regras administrativas e de logística que, reconheça-se, poderia dar ensejo, quiçá, a um delito de natureza culposa, mas não dolosa.*

9. Além disso, no que concerne aos denunciados MAURO CESAR BARBOSA CID (CAP), RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA

CHIARATO (CAP) e NATHALIA KNOPP LIMA (TEN), deve ser reconhecido, reitero, nesse juízo de prelibação, é que o substrato da petição inicial penal se ancora em expressões vagas, como se constata dos seguintes trechos:

> *Com relação ao 3º denunciado (CAPITÃO MAURO CÉSAR BARBOSA CID), dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, na condição de instrutor, destacamos que manteve a vítima no exercício, embora presenciando que o Cadete passava mal.*
>
> *Com relação ao 4º denunciado (CAPITÃO RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO), dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, destacamos que na condição de instrutor do exercício percebeu que a vítima passava mal e, ainda sim, determinou que a mesma continuasse e se juntasse aos demais componentes de sua patrulha.*
>
> *Com relação à 5ª denunciada (TENENTE NATHALIA KNOPP LIMA), dentre os fatos delituosos atribuídos à mesma, destacamos não ter inicialmente atendido à vítima e quando o fez permitiu que continuasse no exercido, afirmando que o Cadete Renan apresentava tão somente fraqueza psicológica.*

10. Ao ensejo, tais passagens não embasam o mínimo necessário à deflagração de um processo-crime, e dos relatos apenas se retiram pequenos trechos, cuja avaliação isolada se mostra inapta aos fins pretendidos pelo MPM: assim se observa que, ao 4º denunciado, CHIARATO, é atribuída a passagem de que num momento determinou a permanência do CADETE no exercício; de realização de aprestamento junto com o grupo, ao 3º denunciado, MAURO CESAR, constam, basicamente, duas passagens, quando não autorizou a troca de uniforme pelo CADETE GAMA, e outra já no fim do exercício quando ouviu queixas de mal-estar feitas pelo mesmo Cadete GAMA, e ao 5º denunciado, NATHALIA KNOPP, uma breve passagem de omissão inicial de atendimento foi feita, todavia, é mister fazer o registro de que, pelo que se depreende, as idas para o referido atendimento perpassavam por uma espécie de triagem com os instrutores, não se podendo valer, por ora, atribuir de fato a responsabilidade da médi-

ca, enfim, na 'contramão' do que está contido na denúncia, houve atendimento médico.

11. Com efeito, ensina Aury Lopes Jr. (In Direito Processal Penal e sua Conformidade Constitucional. 2011. pág. 350) que:

> *'Deve a acusação ser portadora de elementos – geralmente extraídos da investigação preliminar (inquérito policial) – probatórios que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatização e penas processuais. Caso os elementos probatórios do inquérito sejam insuficientes para justificar a abertura do processo penal, deve o juiz rejeitar a acusação.*
>
> *(...)*
>
> *A acusação não pode, diante de inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu. É o 'lastro probatório mínimo', a que alude JARDIM, exigido ainda pelos artigos 12, 39 § 5º, 46, § 1º, e 648, I (a contrário senso), do Código de Processo Penal.'*

12. Assim sendo, o delito de maus-tratos é exclusivamente doloso, ainda que na omissão imprópria, impondo-se, pois, para o seu perfazimento, que os agentes/denunciados atuem com consciência de preencher todos os elementos do tipo em questão e do chamado tipo normativo de autor. Os alegados omitentes deveriam ter a vontade desembaraçada de expor (ou deixar) a perigo a vida ou a saúde da vítima ou que, conscientemente, assumissem o risco de fazê-lo (permanecendo inativos).

13. É crível que hoje em dia na AMAN, veja-se, com os casos passados e expostos pela mídia, ou mesmo com o nível de excelência dos Oficiais para lá recrutados ainda se tenha espaço para tal? Respondo: não.

14. Não foi o que ocorreu, nem há prova indiciária de que tivessem atuado com dolo (os denunciados), na omissão imprópria.

15. *Outro ponto importante* ***é que o órgão do MPM, singelamente, decidiu desconsiderar, sem a fundamentação devida, os laudos oficiais, e 'promover' o parecer médico do***

TC Leví Inimá, *ou seja, nesse aspecto, sequer buscou, como deveria, um terceiro laudo. E não se pode esquecer que, em momento anterior, o quadro de saúde do CADETE GAMA já tinha apresentado sinais de 'desgaste' em atividades desse jaez.*

15.1. Mais uma vez, assim, diante dos laudos periciais (oficiais), não se permite estabelecer relação clara de causa e efeito entre o exercício em questão versus *o atuar dos denunciados versus a ventilada doença rabdomiólise.*

16. Ademais, abstraindo-se, por claro, o depoimento dos Cadetes, as demais provas não permitem a conclusão de que fosse previsível, objetivamente, aos denunciados, vislumbrar o ventilado quadro fisiológico apresentado pelo Cadete no momento dos exercícios, nem se poderia, em decorrência, exigir uma diligência maior, por parte dos militares envolvidos no adestramento, ou ainda, a presunção de que o CADETE GAMA estivesse acometido de alguma enfermidade.

16.1. Na mesma trilha retro, diga-se, abstraindo-se, por claro, o depoimento dos Cadetes, as demais provas não permitem a conclusão relativamente ao excesso e intensidade de exercícios físicos ao qual TODOS foram submetidos, e sim dentro da razoabilidade inerente.

17. Nessa moldura, ainda que se admitindo a rabdomiólise, esta pode ser decorrente de uma série de fatores, inclusive de ordem orgânica, que, somados, podem contribuir para o aparecimento da doença e para sua posterior complicação.

18. Não se pode chegar à conclusão de que as complicações médicas decorreram do agir de cada um dos denunciados (em conjunto ou não). ***Mencionadas complicações poderiam até ter origem em vários momentos anteriores ao exercício, mas não, específica e comprovadamente, naquele momento ventilado pelo*** **parquet** ***na denúncia.***

19. Para solapar, o crime ventilado na denúncia – CPM, art. 213, maus-tratos – ***pressupõe atuação direta, concreta no que o preceito versa a exposição a perigo à vida ou à saúde. E os militares denunciados teriam presenciado o episódio, mas sem atuação dolosa efetiva para o desfecho morte, derivando que possível excesso no exercício retro deságua na responsabilidade administrativa, mostrando-se impróprio acionar o Código Penal Militar.***

20. ***Sendo assim, pelas razões expostas – e considerando, notadamente, os fundamentos invocados –, REJEITO integralmente a denúncia por estar ausente uma das 'condi-***

ções' da ação penal militar, dos requisitos necessários para um provimento final, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido pela inexistência de crime militar, ut artigo 78, alíneas 'a' e 'b', do CPPM, com a possibilidade de desadequação típica de crime em tese para infração disciplinar – em virtude do descumprimento de eventuais normas administrativas. *(...)".*

Intimado da Decisão, em 9 de janeiro de 2014, e irresignado com a Decisão do Juiz-Auditor Substituto, o Órgão Ministerial interpôs o presente recurso (fl. 1.657).

O recurso foi recebido em 17 de janeiro de 2014, sendo aberta vista ao Recorrente e ao Recorrido para oferecimento das razões e contrarrazões (fl. 1.658).

Em suas Razões Recursais, o MPM aduziu que o Juízo de 1ª Instância extrapolou os limites de delibação, uma vez que não se limitou a avaliar as condições da ação e os requisitos de admissibilidade, claramente adentrando e prejulgando questões de mérito, desprezando, inclusive, as provas a serem produzidas na instrução criminal.

Alegou, ainda, que "*para o recebimento da denúncia basta que o fato descrito seja típico e, em tese, seja certa a autoria, sendo desnecessária a formação de um juízo prévio da procedência da imputação"*.

Postulou, ao final, o recebimento da Denúncia, vez que respaldado em elementos contidos nas peças informativas, com descrição de um crime, em tese, e com indícios suficientes de autoria, merecendo ser instaurada a Ação Penal (fls. 1.660/1.676).

Em contrarrazões (fls. 1.690/1.694), por sua vez, a Defesa argumenta que não estão presentes os indícios suficientes de autoria delitiva, tampouco prova da materialidade do crime, com documento hábil e capaz de constatar a sua existência, os seus vestígios.

O Juiz-Auditor Substituto manteve a decisão (fl. 1.695), em que rejeitou a Denúncia, *ex vi* do art. 520 do Código de Processo Penal Militar.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Órgão Ministerial é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido. **Quanto ao mérito, impõe-se o seu desprovimento.**

Requer o Órgão Ministerial a reforma do *Decisum* do Juiz-Auditor Substituto, para que seja recebida a Denúncia oferecida em desfavor dos seguintes Oficiais do Exército Brasileiro: Maj Urubatã Muterle Gama, Maj Bernardo Romão Corrêa Netto, Cap Mauro Cesar Barbosa Cid, Cap Rodrigo Cadilhe de Almeida Chiarato e 1° Ten Nathalia Knopp de Lima.

A questão posta está adstrita a alguns pontos de reflexão:

- Primeiro, se a Denúncia preenche os requisitos processuais?

- Segundo, se existe relação concreta entre os supostos maus-tratos e o óbito posterior do Cadete Gama?

Não assiste razão ao pleito Ministerial, pois a Decisão impugnada proferida pelo douto Juiz-Auditor Substituto se apresenta adequadamente fundamentada e preenche os requisitos formais, está indene de equívocos, pois realiza perfeita análise do conjunto fático e, sobretudo, em razão dos percucientes argumentos jurídicos trazidos à colação.

Examinando-se os elementos contidos nos autos, de modo a sustentar a imputação Ministerial, a Denúncia deve conter, particularmente, a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, e as razões de convicção ou presunção da delinquência (art. 77, alíneas e e *f,* do CPPM).

Além de atender aos requisitos previstos no art. 77 do CPPM, a Denúncia deve ostentar provas da materialidade do fato que, em tese, configure crime de competência da Justiça Castrense e indícios de autoria (art. 30 do CPPM).

Por óbvio, tais requisitos deveriam estabelecer um nexo causal entre as condutas dos Acusados e a imputação que lhes foi atribuída, a prática do crime de maus-tratos com resultado morte, na forma do art. 213, § 2°, do CPM.

O artigo 78 do CPPM determina ao Juiz que não receba a Denúncia em 4 (quatro) hipóteses. No presente caso, a primeira deixou de ser atendida, devido à ausência na Exordial dos requisitos relativos à ***exposição do fato criminoso*** e as ***razões de convicção ou presunção da delinquência***.

O ilustre Magistrado acentuou, com propriedade, que a exposição dos fatos feita pelo *Parquet* se mostrou insuficiente para deflagrar a ação penal (fls. 1.652/1.653). Vejamos fragmentos, *in verbis*:

"(...)

8. Ou seja, como se estabelecer o mínimo (concreto) de nexo entre o fato de maus-tratos versus *a conduta dos denunciados* versus *a morte do Cadete, tudo na medida da reserva do possível, i.e.,* ***tomando-se por base o exercício desenvolvido, o local inerente etc., pelo que mais se assemelha – a conduta dos denunciados – à inobservância de regras administrativas e de logística que, reconheça-se, poderia dar ensejo, quiçá, a um delito de natureza culposa, mas não dolosa****.*

9. Além disso, no que concerne aos denunciados MAURO CESAR BARBOSA CID (CAP), RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO (CAP) e NATHALIA KNOPP LIMA (TEN), deve ser reconhecido, reitero, nesse juízo de prelibação, ***é que o substrato da petição inicial penal se ancora em expressões vagas, como se constata dos seguintes trechos****:*

Com relação ao 3° denunciado (CAPITÃO MAURO CESAR BARBOSA CID), dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, na condição de instrutor, destacamos que manteve a vítima no exercício, embora presenciando que o Cadete passava mal.

Com relação ao 4° denunciado (CAPITÃO RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO), dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, destacamos que na condição de instrutor do exercício percebeu que a vítima passava mal e, ainda sim, determinou que a mesma continuasse e se juntasse aos demais componentes de sua patrulha.

Com relação à 5° denunciada (TENENTE NATHALIA KNOPP LIMA), dentre os fatos delituosos atribuídos à mesma, destacamos não ter inicialmente atendido à vítima e quando o fez permitiu que continuasse no exercício, afirmando que o Cadete Renan apresentava tão somente fraqueza psicológica.

10. Ao ensejo, tais passagens não embasam o mínimo necessário à deflagração de um processo-crime, e dos relatos apenas se retiram pequenos trechos, cuja avaliação isolada se mostra inapta aos fins pretendidos pelo MPM (...)

16. Abstraindo-se o depoimento dos Cadetes, ***as demais provas não permitem a conclusão de que fosse previsível, objetivamente, aos denunciados, vislumbrar o ventilado quadro fisiológico apresentado pelo Cadete no momento dos exercícios****, nem se poderia, em decorrência, exigir uma diligên-*

> *cia maior, por parte dos militares envolvidos no adestramento, ou ainda, a presunção de que o CADETE GAMA estivesse acometido de alguma enfermidade.*
>
> *16.1 Na mesma trilha retro, diga-se, abstraindo-se, por claro, o depoimento dos Cadetes,* ***as demais provas não permitem a conclusão relativamente ao excesso e intensidade de exercícios físicos ao qual TODOS foram submetidos, e sim dentro da razoabilidade inerente****."* (grifo nosso).

Não obstante a lúcida conclusão do Magistrado, deve-se apontar outros argumentos imperiosos à compreensão da *quaestio*. Não se trata de exame antecipado de provas, pois a atual fase admite tão somente o juízo de prelibação.

Tampouco de ofensa ao princípio *in dubio pro societate*, ressalvados os limites na aplicação do aludido preceito, com foco na responsabilização, pelo trágico acidente, o que ganharia contornos de responsabilidade penal objetiva; ao revés, o zelo sem distinção poderia causar lesão a direitos fundamentais do cidadão assentes no ordenamento constitucional.

Além da adequação objetiva, para que se afirme que os Acusados praticaram crime, é imprescindível que se aponte a existência de nexo causal entre a conduta por eles desempenhada e a suposta ocorrência do crime de maus-tratos, motivo da alegada causa do óbito do Cadete Gama.

Consoante tal linha de raciocínio, refletindo-se se a conduta dos Acusados foi ou não causa determinante para o suposto crime de maus-tratos impende o exame do Inquérito Policial Militar e, principalmente, impõe-se avaliar a documentação nosológica e pericial acostadas aos autos.

Repita-se, não se trata de exame antecipado de provas, mas tão somente de se verificar se existem os requisitos mínimos para iniciar uma ação penal militar, que ligue os Acusados ao resultado *causa mortis* do Cadete Gama.

Sob esse enfoque, é válida a transcrição de jurisprudência citada na obra de Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra Processo Penal, vol 1, 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 614, *in verbis*:

> *"(...) a atenuação do rigorismo do art. 41 do CPP não implica admitir-se denúncia que, nem de longe, demonstre a ação ou omissão praticada pelos agentes,* ***o nexo de causalidade com o resultado danoso*** *ou qualquer elemento indiciário de culpabilidade (...)" (HC 3.335-3/DF, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJU, 7-8-1995, p. 23050). No mesmo sentido: STJ, HC 4.805/MA, DJU 18-11-1996, p. 44903; STJ, HC 8.258/PR, DJU 6-9-1999, p. 93; STF, HC 80.459-3/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU, 24-8-2001, p. 44; REsp 175.548/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU, 13-8-2001, p. 295; STJ, HC 15.051/SP, DJU, 13-8-2001, p. 287; STJ, RHC 11.537/DF, DJU, 8-10-2001, p 249; STJ, RHC 8.283/DF, DJU, 31-5-1999, p. 189; RT, 715/526; REsp 278.084/RJ, DJU, 25-6-2001, p. 254; HC 14.706/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, DJU, 11-6-2001, p.243; RTJ,57/399, Rel. Min. Celso de Mello; STF, HC 80.876/RJ; RT, 718/475, 715/526, 719/518,738/541,758/517.".*

Assim, para a necessária contraposição entre a versão apresentada pelo Órgão Ministerial e as contrarrazões de recurso que pleiteiam a manutenção da rejeição da denúncia, passa-se a análise dos fatos, relativos ao Estágio de Patrulhas de Longo Alcance com Características Especiais, em 2011, já contextualizado no relatório.

O exercício ocorreu na região de Queluz/SP, sendo que os aproximadamente 400 (quatrocentos) Cadetes da AMAN foram submetidos ao mesmo esforço, em condições similares, visando a desenvolver atributos necessários à formação do futuro líder militar.

A 2ª fase do Estágio consistiu de um deslocamento da patrulha integrada pelo Cadete Gama. O desenvolvimento do exercício foi controlado por Postos de Controle, distribuídos pelo itinerário e descritos a seguir: P0 – Fazenda Pau D'Alho (Ponto inicial); P1 – Fazenda Providência; P2 – Fazenda Cantagalo; P3 – Bar do Catiço; P4 – Fazenda Ribeirão Vermelho; P5 – Local do Caminhão Baú; e P6 – Estação de Trem Queluz/SP (Ponto final). Importa ressaltar que foram instalados 7 (sete) pontos para hidratação dos estagiários durante todo o itinerário.

Na 2ª fase do estágio (exfiltração), o Cadete Gama apresentou cansaço maior que os demais integrantes, caminhava à retaguarda, até a chegada no K2, elevação que precede à chegada ao P2 – Fazenda Cantagalo.

A marcha para superar a elevação, de expressivo porte, foi o ponto de maior exigência física, pelo qual passaram todos os estagiários. O Cadete Gama, segundo relatos, passou mal durante a subida do K2, desmaiou duas vezes, sendo reanimado pelos companheiros; foi medicado com soro de reidratação, após decidiu parar por 20 minutos. Foi ajudado pelos outros estagiários, até chegar no P2.

No trajeto entre o P2 – Fazenda Cantagalo e o P3 – Bar do Catiço, o Cadete Gama voltou a passar mal; foi conduzido por um dos monitores até uma viatura de apoio; recebeu atendimento médico, descansou, alimentou-se e foi liberado para prosseguir no exercício. Retornou à marcha e continuou até o término do exercício.

Voltou a passar mal quando já embarcado no trem de regresso à Resende/RJ. Posteriormente, na entrada da Academia Militar das Agulhas Negras, caiu e foi socorrido por ambulância, sendo levado ao Hospital Escolar.

Em razão da necessidade de mais exames, foi transferido para o Hospital Samer, onde ficou internado por 12 (doze) dias, na Unidade de Terapia Intensiva, vindo a falecer em 6 de outubro de 2011.

A *causa mortis* foi tema de imprecisão nos autos, gerando inclusive a utilização de terminologia descortês de um perito em relação a seus colegas, o que se mostra reprovável, independente de possuir razão científica ou não naquilo que afirma.

Em resumo, o contexto fático está configurado. Dada a complexidade do caso e para concluir sobre a suposta ocorrência de crime de competência da Justiça Castrense e indícios de autoria (art. 30 do CPPM), impõe-se examinar a conduta individualizada de cada Acusado e a responsabilidade penal que lhes possa caber.

Compulsando-se os termos da Denúncia, nota-se que a maior parte de seu teor é composta por fragmentos de depoimentos de 11 (onze) Cadetes, obtidos em sede inquisitorial, além de referências a publicações de imprensa.

Observando-se os trechos dos depoimentos apensados, percebe-se o entendimento, unânime, no sentido de os Cadetes terem se sentido cansados, com o dispêndio de esforços físicos no Estágio de Patrulhas de Longo Alcance com Características Especiais, o que, aliás, é normal para atividade dessa natureza.

Em nenhum momento o MPM conseguiu trazer à colação provas substanciais da conduta típica imputada aos Acusados, porquanto, segundo a descrição do tipo no art. 213, § 2°, do CPM, objetiva-se a conduta dolosa no *caput,* e culposa no § 2º, caracterizando o tipo preterdoloso. No caso concreto, nem uma, nem outra, evidentemente.

No caso do suposto crime de maus-tratos seguido de morte, o resultado, pela teoria da equivalência das condições, só pode ser imputado a quem lhe deu causa, na exata dicção do art. 29, §§ 1° e 2°, tudo 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.*
>
> *§ 1° A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores, imputam-se, entretanto, a quem os praticou.*
>
> *§ 2° 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."*.

Desse modo, para que o suposto crime de maus-tratos com resultado morte possa ser imputado aos Acusados, o comportamento destes deveria ser relevante para o fatídico óbito, além ser necessário desejarem exercer a prática dolosa de maus-tratos, segundo a descrição normativa.

Assim, indaga-se: estariam instrutores selecionados, com carreiras sólidas, desejando impor maus-tratos a um Cadete, precioso recurso humano e futuro líder militar? Após investir na formação do Cadete, é crível afirmar que os instrutores teriam o dolo de impor maus-tratos, na dicção do art. 213, § 2°, do CPM?

A conduta da instrução, imposta comumente a todos os instruendos, teria o condão de iniciar uma ação penal contra os Acusados, ainda que o Cadete Gama tenha sido atendido pela médica, alimentado e descansado, com posterior ordem de retorno ao estágio, para cumprimento dos objetivos?

Certamente que todas as respostas seriam negativas, pelo menos em sede de direito penal, que implica responsabilidade subjetiva.

A investigação buscou, sem sucesso, caracterizar como ilícitas as condutas dos Acusados, sob o argumento de terem os militares praticado o crime, dolosamente, posto inexistir previsão de figura culposa para o *caput* do art. 213 do CPM. Todavia, mesmo para a figura típica do art. 213, § 2°, há que estar presente o dolo inicial, sendo o resultado morte na forma culposa.

O elemento subjetivo, *animus corrigendi ou disciplinandi*, não exige intenção lesiva, mas apenas "*expor a perigo a vida ou a 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 e 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*".

A prova material colhida consiste, basicamente, nos laudos periciais que visaram apurar a *causa mortis* do Cadete Gama, para constatar se o comportamento dos Acusados deu ou não causa ao óbito.

Não obstante a imprecisão inicial, quanto à causa do óbito do Cadete Gama, carente de outros exames, encontra-se nos autos o **"Laudo Complementar de Exame de Corpo de Delito de Necropsia"**, subscrito pelos peritos legistas Alessandra Nogueira de Jesus Dadam e Braz Schettino (fls. 1.142/ 1.150). No documento consta a seguinte conclusão, *in verbis*:

> *"Baseado nos achados dos exames histopatológicos que evidenciam alterações difusas, macro e microscópicas* ***principalmente em coração e encéfalo compatível com afecção do grupo das rickettisioses*** *(mesmo sem a sorologia que permitiria diferenciar entre a Doença de Lyme e o Tifo Murino)* ***e levando em consideração os outros achados microscópicos (pulmões, rins e fígado com características da fase II de choque, baço e linfonodos, com esplenomegalia gigante congestiva associada a depleção difusa do tecido linfoide), bem como os achados necroscópicos de esplenomegalia e anasarca que se encaixam nos parâmetros de alterações possíveis e esperadas relacionadas ao quadro infeccioso em questão, os peritos não se opõem a que o óbito tenha ocorrido como consequência***

> ***de complicações de doença infecciosa associada a borreliose ou rickettisiose***. *A rabdomiólise moderada também descrita no laudo histopatológico, não permite, baseado no que foi apresentado na discussão acima, um diagnóstico preciso quanto a etiologia; esforço muscular, infecção, etc. Além do mais, deve ser levado em consideração que um quadro de rabdomiólise 'moderada' não seria 'per se', suficiente para determinar o êxito letal em um paciente hígido"* (grifo nosso).

Sopesando tal documento, descabe afirmar o suposto nexo de causalidade entre a conduta dos Acusados e o resultado morte do Cadete Gama.

O diagnóstico de rabdomiólise moderada apresentado pelo Cadete Gama, quando chegou ao hospital, não é motivo para levar ao óbito, segundo afirmaram peritos do Departamento de Polícia Técnico-Científica da Secretaria de Estado de Segurança do Rio de Janeiro, e considerando os dados microscópicos e do exame histopatológico serem compatíveis com doença infecciosa associada a borreliose ou rickettisiose.

Cabe lembrar que foram retirados do corpo do Cadete Gama vários carrapatos (fl. 1.005), conforme testemunho do Médico Henrique Miller Balieiro. Carrapatos de algumas espécies são vetores artrópodes das rickettisioses.

Ressalta-se, também, que o Estágio de Patrulhas de Longo Alcance com Características Especiais, no ano de 2011, foi realizado em São Paulo, cuja área de mata é o território com maior índice de Febre Maculosa no país.

Consta nos autos um artigo esclarecedor sobre a Febre Maculosa Brasileira (fls. 1.472/1.484), ficando comprovada a enorme incidência no estado de São Paulo. Além disso, as manifestações clínicas mencionadas no artigo científico são compatíveis com o quadro clínico apresentado pelo Cadete Gama.

O Órgão Ministerial, visando a fortalecer sua tese e desqualificar o laudo complementar de exame de corpo de delito de necropsia, requereu novo laudo, indicando o especialista.

O Juiz-Auditor deferiu o pedido, sem que, com isso, reste caracterizada a prejudicialidade da perícia anterior. Evidentemente, o deferi-

mento nos singelos termos "defiro", constantes de fl. 1.152, apenas visava evitar, pela prudência, alegação de cerceamento de defesa.

O novo e extenso laudo (fls. 1.184/1.313), feito sem examinar diretamente o corpo do Cadete falecido, mas tão somente a documentação médica do paciente, defende, em suma, que a *causa mortis* foi rabdomiólise, afastando os dados apontados pelos peritos oficiais, inclusive com termos desrespeitosos ao trabalho dos colegas e fortalecendo a tese acusatória.

Por oportuno, é válido mencionar que a rabdomiólise é a destruição muscular isquêmica com liberação para a corrente sanguínea das substâncias intracelulares do músculo estriado esquelético. A substância é potencialmente tóxica. As causas da rabdomiólise podem ser de origens diversas, traumáticas ou não traumáticas. **A rabdomiólise moderada diagnosticada não é suficiente para causar a morte**.

Analisando o conjunto probatório apresentado, conclui-se ser suficiente o laudo dos peritos oficiais, por seus argumentos técnicos, para caracterizar a *causa mortis* por doença infecciosa associada às rickettisioses, mais especificamente a febre maculosa brasileira, evidenciada pela presença de carrapatos no corpo do falecido Cadete e por outros sintomas apontados no exame histopatológico.

Logo, considerando a teoria da equivalência das condições, impõe-se a conclusão de que os esforços físicos a que foi submetido o Cadete não guardam relação de causalidade com sua morte, tampouco a conduta dos instrutores, durante o Estágio.

Nesse escopo, a lição de Cezar Roberto Bitencourt é didática ao tratar a "relação de causalidade" no Capítulo XVI de sua obra "Tratado de Direito Penal", volume I, Parte Geral, 17. ed. Saraiva, subitem 3.2 – causas (concausas) absolutamente independentes, p. 312, *in verbis*:

> *"Há outras limitações ao nexo de causalidade, formuladas no âmbito das teorias da causalidade, as chamadas condições que, de forma absolutamente independente, causam o resultado que se analisa. Essas condições preexistentes, concomitantes ou supervenientes à conduta, podem auxiliá-la na produção do evento ou produzi-lo de maneira total, absolutamente independente da conduta que se examina. São condições – concausas – preexistentes aquelas que ocorrem antes da existência da condu-*

ta, isto é, antes da realização do comportamento humano; concomitantes, quando ocorrem simultaneamente com a conduta e, finalmente, uma concausa é superveniente quando se manifesta depois da conduta. As concausas, quaisquer delas, podem ser constituídas por outras condutas ou simplesmente por um fato natural.

Qualquer que seja a concausa – preexistente, concomitante ou superveniente –, poderá produzir o resultado de forma absolutamente independente do comportamento que examinamos.

Nesses casos, fazendo-se aquele juízo hipotético de eliminação, verificaremos que a conduta não contribuiu em nada para a produção do evento.".

Verifica-se, portanto, que atitudes dos instrutores, como a de ordenar que o Cadete retornasse à instrução, não foi causa da morte. Resfriar um cadete, com água dos cantis de seus companheiros, não é causa da morte; ao contrário, é medida que se adota para diminuir a temperatura corporal do instruendo, como prevenção.

Atender o Cadete no Posto Médico, alimentá-lo e proporcionar-lhe descanso, desequipando-o, não é atitude compatível com a de quem deseja impor maus-tratos. Pouco inteligente seria, caso o dolo de impor maus-tratos existisse, fazê-lo na presença dos demais Cadetes.

Simplesmente é inconcebível e ilógico que tenha havido desprezo ao maior patrimônio das Forças Armadas, seus recursos humanos. Pensar, assim, seria adotar responsabilidade penal objetiva em sede de direito penal, adotando questionável postura doutrinária.

O comportamento dos Acusados é concausa, no máximo, absolutamente independente, concomitante ou superveniente à infecção por rickettisioses que, possivelmente, foi responsável pelo óbito do Cadete Gama.

Por fim, cabe assinalar que o MPM, já desde o início da *persecucio extra iudicio,* busca caracterizar a tese de suposta situação de "perseguição" ao Cadete Gama, como se os instrutores tivessem alguma razão pessoal para tal comportamento. Os instrutores sequer conheciam o Cadete Gama, pois não é comum o contato prévio entre os instrutores e os instruendos da SIEsp.

Afinal, o que é possível extrair do presente feito? Tão somente os elementos contidos nos autos: 2 (dois) Laudos periciais tecnicamente

antagônicos e um conjunto fático absolutamente incapaz de permitir aferir a existência de provas preliminares suficientes, justa causa, atestando a impossibilidade de se formular o juízo de admissibilidade da Inicial.

Segundo afirma a jurisprudência, no momento da propositura da ação penal não se exige a certeza, apenas indícios, pois deve prevalecer o juízo de que *in dubio pro societate*, segundo dicção do art. 30 do CPPM.

O aludido brocardo jurídico, no presente caso, merece uma interpretação atenta quanto ao real alcance dos fatos. Há evidentes limites na aplicação do preceito do *in dubio pro societate*, pois, ao revés, o zelo indiscriminado poderia causar lesão a direitos fundamentais do cidadão, assentes no ordenamento constitucional.

Porquanto, impor o ônus aos Acusados de responder a uma ação penal, quando em juízo preliminar se constata ausência de justa causa, soa atentatório aos mais básicos direitos constitucionais individuais, dentre eles o da dignidade humana.

Segundo menciona a doutrina de Maria Theresa Rocha de Assis Moura (*Justa Causa para a Ação Penal - Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT. 2001, p. 265/285), ao analisar as posições jurisprudenciais existentes em nossos tribunais, *in verbis*:

> *"A justa causa somente pode ser entendida, como existente, desde que haja correspondência entre o fato imputado e a conduta do sujeito ativo caracterizada na peça inquisitorial. Trata-se do entendimento do STF presente na RTJ 35/517."*.

Cumpre transcrever o trecho ressaltado na obra doutrinária da referida autora:

> *"Na apreciação da justa causa para o constrangimento, a jurisprudência tem, assim, se orientado no sentido de a reconhecer não só nos casos em que a denúncia é incabível e deve ser rejeitada (art. 43, CPP), como também naqueles em que é oferecida, sem qualquer fundamento, ou seja, constituindo um abuso de poder."*.

Percebe-se, no exame da jurisprudência sobre o tema, que os tribunais ainda relutam em dar à justa causa a abrangência que parte da doutrina lhe atribui, a de efetivo filtro a ser utilizado para impedir a pro-

positura de ações penais que não estejam fundadas em elementos de prova, que permitam afirmar, de fato, ser legal o constrangimento trazido ao indivíduo pela propositura de ação penal em seu desfavor.

Segundo ensina a doutrina, a justa causa é tratada como o conjunto de elementos probatórios mínimos, que permite sustentar o exercício da ação penal; isto é, seriam as provas preliminares suficientes para o exercício da ação penal.

É necessário, portanto, que a Inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Haverá legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o *fumus boni juris* que ampare a imputação.

A noção de justiça, portanto, transcende à visão isolada de conteúdo das normas jurídicas para incorporar-se à realidade fática, fazendo com que o respectivo tipo penal ganhe nova potência, redimensionando-se à luz da dignidade da pessoa humana e das características do delito.

Enfim, o termo "justa", da expressão legal "justa causa", constitui-se na expressão da razoabilidade-proporcionalidade inerente ao Estado de Direito, que impõe uma atividade de cognição prévia à interpretação final e definitiva da causa, a demandar o exame da viabilidade de uma medida que possa ofender o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em sede processual penal, em virtude do constrangimento já representado pela só existência de processo em curso, há sempre a exigência constitucional de proceder-se ao exame referente à presença de justa causa, embora possa ela estar mais vinculada ao mérito que à existência do processo em si.

Para evitar a propositura de lides temerárias, que ofendem o *status dignitatis* do indivíduo, faz-se imprescindível que verifique o juiz, quando da decisão de recebimento da Denúncia, se está presente a justa causa, consubstanciada na existência mínima de indícios de autoria e existência do delito, no interesse de agir, na tipicidade, no respeito ao princípio da proporcionalidade que reclama uma adequada avaliação custo-benefício, na real e séria lesão ao bem jurídico a justificar a pretensão de punição estatal como *ultima ratio* para a defesa social.

Em sede penal, quando se propõe uma ação, não basta fazer referência ao caso concreto; é preciso que no limiar do processo a ser ins-

taurado se mostre ao Juiz a seriedade do pedido, exibindo-lhe os elementos em que se esteia a acusação.

Não havendo justa causa, impõe-se como medida mais correta a rejeição da Denúncia. Assim, somados aos fundamentos utilizados pelo douto Magistrado para rejeitar a Denúncia (art. 78, alíneas "a" e "b", do CPPM), seria igualmente precisa a rejeição da Denúncia pela ausência de justa causa, com fulcro no art. 3º do CPPM, c/c o art. 395, inciso III, do CPP, por igual aplicabilidade à hipótese.

No mesmo sentido, cita-se precedente desta Corte Castrense, no Recurso Criminal nº 2002.01.006950-5/CE, da relatoria do Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, *in verbis*:

> *"(...) O próprio Código de Processo Penal Militar obriga o Ministério Público a declinar, na denúncia, as razões de convicção ou presunção de delinquência (art. 77, f, CPPM). Com base nesses elementos da denúncia é que o Juiz-Auditor poderá verificar, de plano, se há justa causa para a instauração da demanda, ou não."*.

Por fim, não obstante exista independência entre as instâncias administrativa e criminal, cabe assinalar que os fatos extraídos dos autos induzem, se for o caso, a juízo da Autoridade Militar, a adoção de medidas disciplinares relativas à conduta do Maj Ex Bernardo Romão Corrêa Netto.

O Magistrado, ao rejeitar a Denúncia, apontou a possibilidade de desadequação típica do crime para infração disciplinar, devido ao descumprimento de normas administrativas.

O Maj Ex Bernardo Romão Corrêa Netto era o Coordenador do Eixo Punhal percorrido pelo Cadete Gama. Os autos indicam, com clareza, ter o aludido militar deixado de cumprir normas contidas no Plano de Pressão Psicológica, pois ***"humilhou e fez críticas irônicas ao Cadete Renan, bem como usou de um palavreado inadequado, chulo e gritos desnecessários"***, conforme se verifica nas provas testemunhais.

O **Plano de Pressão Psicológica** define como pressão psicológica o conjunto de atividades e atitudes adotadas pelo Instrutor Chefe, com relação aos estagiários, por vezes delegadas aos instrutores, a fim de criar um clima de tensão, de desconforto e de ansiedade, simulando o existente em combate.

Tudo isto visa à obtenção das reações necessárias e adequadas ao futuro líder militar, por meio da observação, do estímulo, do desenvolvimento e da manifestação de seus atributos da área afetiva, particularmente, quando no exercício de funções de comando, durante as instruções e operações dos Estágios de Instrução Especial.

O fato de *"ter sido instrutor do Curso de Comandos por três anos",* fato alardeado pelo Major Corrêa Netto, a todo o momento, aos estagiários, deveria ter lhe facultado o discernimento suficiente para distinguir, entre o nível de exigências permitido, no contexto de uma atividade acadêmica, com jovens, e o adequado nível de exigência a ser cobrado de militares profissionais, no âmbito de um curso de especialização operacional militar.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e nego provimento, para manter na íntegra a Decisão que rejeitou a Denúncia formulada pelo Órgão Ministerial contra os Acusados Maj Ex Urubatã Muterle Gama, Maj Ex Bernardo Romão Corrêa Netto, Cap Ex Mauro Cesar Barbosa Cid, Cap Rodrigo Cadilhe de Almeida e 1° Ten Ex Nathália Knopp de Lima por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais se acresce o art. 3°, alínea *a*, do CPPM, c/c o art. 395, inciso III, do Código Processo Penal comum.

Determino que seja encaminhada cópia do presente Acórdão ao Exmo. Senhor Comandante do Exército para que, ser for o caso, a seu critério, adote as providências que entender cabíveis no âmbito administrativo disciplinar militar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria** de votos, em conhecer e negar provimento ao Recurso, para manter na íntegra a Decisão que rejeitou a Denúncia formulada pelo Órgão Ministerial contra os Acusados Maj Ex Urubatã Muterle Gama, Maj Ex Bernardo Romão Corrêa Netto, Cap Ex Mauro César Barbosa Cid, Cap Ex Rodrigo Cadilhe de Almeida Chiarato e 1º Ten Ex Nathália Knopp de Lima, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais se acresce o art. 3º, alínea *a*, do CPPM, c/c o art. 395, inciso III, do Código Processo Penal comum. Por fim, **por unanimidade**, em determinar que seja encaminhada cópia do Acórdão ao Exmo. Sr. Comandante do Exército para que, ser for o caso, a seu critério, adote as

providências que entender cabíveis no âmbito administrativo disciplinar militar.

Brasília, 4 de novembro de 2014 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 18-45.2012.7.01.0401-RJ

Votei vencido, divergindo da douta maioria, para dar provimento ao Recurso ministerial e, desconstituindo a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 18 de dezembro de 2013, receber a Denúncia oferecida contra o Major URUBATÃ MUTERLE GAMA, o Major BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO, o Capitão MAURO CESAR BARBOSA CID, o Capitão RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO e a Tenente NATHALIA KNOPP LIMA, todos como incursos no crime previsto no art. 213, § 2º, c/c os arts. 29, § 2º, e 53, todos do CPM, pelos motivos que passo a expor.

Assiste razão ao Ministério Público Militar, porquanto existe justa causa para a deflagração da ação penal proposta, como assevera o fundamentado Recurso do MPM.

Inicialmente, é importante destacar que não se está fazendo um julgamento antecipado da ação penal, com o provimento do Recurso em Sentido Estrito para receber a Denúncia. O que não se pode admitir é que o evento morte não seja apurado em todas as suas circunstâncias, em plena observância aos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório.

Ao Ministério Público Militar cabe promover a Ação Penal Militar, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que prevê: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. Sua legitimação se dá por força do art. 129 da Carta Magna, que dispõe: *"promover, privativamente, a ação penal pública"*.

Ao oferecer a Denúncia, o MPM vale-se do direito público subjetivo processual em face da existência de um litígio de natureza criminal militar, a fim de que o Estado-Juiz, no exercício da jurisdição, componha o conflito intersubjetivo de interesses, segundo o direito objetivo. É o poder-dever de punir a se realizar pelo exercício do *jus persequendi*.

Assim, para que a Denúncia possa ser recebida, de modo a ensejar a instauração da ação penal, torna-se imprescindível que se esteja diante de um fato típico, amoldado à descrição abstrata contida na lei penal, com indícios de autoria delitiva.

No caso em exame, foi imputado ao Major URUBATÃ MUTERLE GAMA, ao Major BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO, ao Capitão MAURO CESAR BARBOSA CID, ao Capitão RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO e à Tenente NATHALIA KNOPP LIMA o crime previsto no art. 213, § 2º, c/c os arts. 29, § 2º, e 53, todos do CPM pelo fato de terem praticado, em tese, o crime de maus-tratos contra o Cadete RENAN MENDONÇA BORGES **GAMA**, durante a atividade denominada de Estágio de Patrulhas de Longo Alcance com Características Especiais da Academia Militar das Agulhas Negras – AMAN, que culminou com a morte do Cadete GAMA no dia 6 de outubro de 2011, conforme se observa da certidão de óbito acostada aos autos (fl. 40).

Narra a Denúncia, em síntese, que o Cadete 77 (GAMA) faleceu em decorrência dos maus-tratos sofridos durante os quatro últimos dias da Instrução realizada pela Academia Militar das Agulhas Negras, seja por tratamento impróprio, seja por falta de atendimento médico, por parte dos instrutores e da médica, uma vez que deveriam supervisionar o exercício que estava sendo executado. Relata que a causa da morte da vítima foi a denominada doença Rabdomiólise, agravada pelo excesso de exercícios físicos intensos, como atividade muscular extenuante, durante o treinamento militar.

Enfatizo, inicialmente, que o Cadete RENAN MENDONÇA BORGES **GAMA**, apesar de toda debilidade apresentada durante o treinamento, concluiu o Estágio de Patrulhas de Longo Alcance com Características Especiais em 2011, após inúmeros desmaios e de ter sido carregado pelos seus colegas de curso, porém faleceu poucos dias depois no Hospital SAMER.

Passa-se a transcrever parte das condutas supostamente ilícitas atribuídas a cada um dos denunciados na exordial.

Quanto ao Major do Exército URUBATÃ MUTERLE GAMA, que era o Coordenador Geral e Instrutor-Chefe do Exercício da SIEsp, descreve a Denúncia:

> *"(...) o citado Denunciado não fiscalizou o exercício de forma suficiente para providenciar o devido socorro, vez que*

afirmou ter apenas sobrevoado o local do Estágio. Aduziu, ainda, que cada evasão dispunha de duas ambulâncias e dois médicos no exercício. Todavia, os instrutores e a médica que participavam do exercício, inclusive o Major URUBATÃ, ora Denunciados, em momento algum tomaram qualquer providência para socorrer a vítima, no caso o falecido Cadete Renan Mendonça Borges Gama (Estagiário 77). Dentre os fatos delituosos atribuídos ao 1° Denunciado, na condição de Coordenador Geral do Exercício e Chefe da Instrução da SIEsp destacamos que, também, descumpriu a Ordem de Instrução nº 8 que prescreve todos os cuidados que devem ser adotados durante a referida instrução. (...)".

O Major do Exército BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO era o Coordenador do Eixo Punhal por onde o Cadete GAMA percorreu, sendo que a Denúncia imputa-lhe:

"(...) dentre os fatos delituosos atribuídos ao 2° Denunciado, destacamos que mesmo estando o Cadete Renan bastante debilitado negou atendimento médico ao mesmo, determinando que prosseguisse no exercício, sendo que no Ponto de Controle Nr 5, no qual as patrulhas descansavam, mandou que o Cadete Gama se isolasse dos demais colegas ocasião em que negou o uso de uma proteção contra o frio e alimentação, ofendendo a vítima e duvidando do seu real estado de saúde e, ainda, ridicularizando-a e utilizando termos ofensivos, inclusive palavrões. (...)".

"(...) Ficou amplamente comprovado que o 2° Denunciado, Major BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO, não observou as normas contidas no item ***d), n° 2 do PLANO DE PRESSÃO PSICOLÓGICA*** *acima apontado, pois humilhou e fez críticas irônicas ao cadete Renan, bem como usou palavreado inadequado e gritos desnecessários, conforme se verifica dos depoimentos anteriormente mencionados. (...)".*

"(...) o 2° Denunciado, Major BERNARDO ROMÃO ***CORRÊA NETTO,*** *que adotou uma conduta totalmente inadequada com evidente excesso de poder na aplicação dos meios de correção, claramente descumprindo as determinações do PLANO DE PRESSÃO PSICOLÓGICA (TRATAMENTO E CONDUTA DA Eqp Instr PARA COM O ESTAGIÁRIO), tudo com a conivência e concordância dos demais Denunciados que, como já citado, tinham o dever de cuidado e de zelo com a vítima durante a instrução (...)".*

Contra esse Oficial, Major CORRÊA NETTO, há inúmeros depoimentos que relatam a forma pela qual ele conduziu o exercício e que, a meu ver, é merecedor de um exame mais aprofundado que se daria durante a instrução penal militar, possibilitando a sua mais ampla defesa.

O Capitão do Exército MAURO CESAR BARBOSA CID participou da instrução como Oficial de Operações da SIEsp e esteve presente na chegada das missões todas as noites, acompanhando o Major URUBATÃ. Contra esse Oficial pesa a seguinte conduta:

> *"(...) Com relação ao 3° Denunciado, dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, na condição de Instrutor, destacamos que manteve a vítima no exercício, embora presenciando que o Cadete passava mal. (...)".*

O Capitão do Exército RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO participou do estágio da SIEsp da evasão e era o responsável pelo Ponto de Controle Nr. 3. A Denúncia lhe atribui:

> *"Com relação ao 4° Denunciado, dentre os fatos delituosos atribuídos ao mesmo, destacamos que na condição de Instrutor do exercício percebeu que a vítima passava mal e, ainda assim, determinou que a mesma continuasse e se juntasse aos demais componentes de sua patrulha".*

A Tenente-Médica do Exército NATHALIA KNOPP LIMA participou do apoio médico ao estágio da SIEsp e foi responsável pelo atendimento ao Cadete GAMA no Ponto de Controle Nr 3, mas não percebeu sua gravidade. Contra a Médica é imputada a seguinte conduta:

> *"(...) Com relação à 5ª Denunciada, dentre os fatos delituosos atribuídos à mesma, destacamos não ter inicialmente atendido à vítima e quando o fez permitiu que continuasse no exercício, afirmando que o Cadete Renan apresentava tão somente fraqueza psicológica. (...)".*

Verifica-se que contra todos os denunciados existiu uma possível relação de omissão frente à gravidade das condições físicas apresentadas pelo Cadete 77, que veio a óbito, seja ela pela falta de percepção da realidade, seja no atendimento médico que não foi efetivo ou mesmo não existiu. Somam-se a isso a forma como o exercício foi conduzido e a ausência de fiscalização. Tudo pode ter contribuído para o resultado morte, necessitando, assim, de uma melhor análise de suas circunstâncias.

Em que pese o enorme ônus que representa para um militar estar respondendo a uma ação penal, verifica-se, no caso, a sua necessidade de instauração, uma vez que a Denúncia encontra-se apta a ser deflagrada e cumpriu com os requisitos legais indispensáveis ao seu recebimento.

Basta uma simples leitura da Decisão do MM. Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM para verificar que o teor daquele *Decisum* representou verdadeira "Sentença" de mérito, incabível naquele momento. Percebe-se que o Magistrado *a quo* adentrou na análise das provas dos autos, com valoração da autoria e da materialidade delitiva, buscando afastar a hipótese de crime militar para uma suposta prática de infração disciplinar por parte dos denunciados.

Não cabe ao magistrado adentrar no mérito da questão em sede de recebimento de Denúncia, sob a alegação de que não houve atuação direta dos envolvidos. O MM. Juiz-Auditor fez uma análise das circunstâncias do fato com o propósito de afastar qualquer imputação aos militares envolvidos o que, a meu ver, não é possível no momento de recebimento da peça inicial.

Ao fundamentar sua Decisão, o magistrado valeu-se da averiguação do dolo e da ausência de previsibilidade de óbito para afirmar que não houve crime militar. Tudo isso é importante; porém, deve ser analisado em momento oportuno, que é no decorrer da ação penal militar pelo Juízo natural – o Conselho Especial de Justiça.

Ademais, se for o caso de infração disciplinar, como faz crer a Decisão, caberá ao Conselho Especial de Justiça, no julgamento da Ação Penal Militar, absolver os Denunciados. Em contrapartida, compete aos Comandantes Superiores a averiguação de possíveis sanções disciplinares aos envolvidos por suposto descumprimento de norma.

Em que pese haver relatório e solução de IPM não indiciando nenhum dos Oficiais, o Inquérito não foi terminado, apesar de já decorridos quase 3 (três) anos do fato. Mesmo assim, entendo que isso não obsta que o Ministério Público Militar possa oferecer Denúncia, desde que verificadas as condicionantes do art. 30 do CPPM e cumpridos os requisitos dos arts. 77 e 78 do Código de Processo Penal Militar.

Nesse primeiro momento, vigora o princípio do *in dubio pro societate,* sendo certo ser esse o posicionamento dominante no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no Supremo Tribunal Federal e neste Superior Tribunal Militar.

Durante o curso do processo penal, o representante do MPM terá que provar que os Acusados infringiram o dispositivo previsto no art. 213, § 2º, do CPM. Por outro lado, os militares terão oportunidade de se defender da acusação de terem agido com maus-tratos contra o Cadete GAMA, levando-o a óbito.

A Denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar atendeu a todos os requisitos do art. 77 do CPPM. Isso, por si só, autoriza a instauração da ação penal militar, reservando-se ao Conselho Especial de Justiça para o Exército da 4ª Auditoria da 1ª CJM, juiz natural da causa, a valoração das provas e pronunciamento final em Sentença.

Destaco, ainda, que desde o início da Sindicância, quando o Cadete GAMA foi internado, já havia a suspeita de ser rabdomiólise a suposta causa de sua debilidade, conforme se observa da Parte Nr 178-S1/C Art, de 27 de setembro de 2011 (fl. 13), *in verbis:*

> *"Participo-vos que o Cad 1116 Renan Mendonça Borges GAMA, da 2ª Bia Cad, encontra-se internado na Unidade de Terapia Intensiva do Hospital SAMER – Resende, desde 241500 Set2011.*
>
> *O Cad Gama foi internado, segundo as informações do hospital, após apresentar um quadro grave, sendo diagnosticado insuficiência renal aguda, insuficiência hepática, hemorragia pulmonar, hipotensão e alteração do nível de consciência.*
>
> *As hipóteses levantadas pela equipe médica indicam para a patologia de Leptospirose em primeira prioridade, ou ainda, rabdomiólise ou 'febre maculosa'."*.

Apesar de a solução do IPM apontar (fl. 793):

> *"A* causa mortis *não foi determinada na Certidão de Óbito (fl. 40), encontrando-se, até o presente momento, o resultado definitivo da necropsia – Laudo nº 1647 / 2011 (fls. 308/312) – na dependência de exames complementares (estudo histopatológico). Entretanto, definição diagnóstica parcial (fl. 780), de 21 de novembro de 2011, descreve que as alterações encontradas na material enviado para análise são compatíveis com afecção do grupo das Riquetsioses (com dois diagnósticos diferenciais possíveis – Doença de Lyame / Tifo Murino). Há referência, ainda, a uma moderada rabdomiólise.*
>
> *Verifica-se, outrossim, que a morte do Cadete RENAN MENDONÇA BORGES GAMA considera-se acidente de serviço,*

> *de acordo com o artigo 1º, alínea b) do Decreto nº 57.272, de 16 de novembro de 1965, pois estava no exercício de suas atribuições funcionais, não havendo indícios de crime, transgressão disciplinar, imprudência ou desídia do militar acidentado".*

Verifica-se existir indícios de que a causa da morte do Cadete GAMA foi mesmo a denominada Rabdomiólise. Chega-se a essa conclusão compulsando o relatório do Dr. HENRIQUE MILLER BALIEIRO, médico do hospital SAMER, para onde foi levado o Cadete GAMA e internado na Unidade de Terapia Intensiva – UTI (fl. 1.020), onde se destaca o trecho: *"Foram solicitados exames complementares que indicavam importante rabdomiólise com insuficiência respiratória, renal e hepática".* O depoimento deste Médico, prestado na Polícia Civil do RJ, é no mesmo sentido (fls. 1.005/1.006).

Consta, ainda, nos autos, o extenso Parecer Técnico-Científico da lavra do Tenente-Coronel Médico Dr. LEVÍ INIMÁ DE MIRANDA, perito indicado pelo MPM e nomeado pelo Juízo daquela Auditoria, concluindo da seguinte forma (fl. 1.280): *"A* CAUSA MORTIS *do ex-cadete Renan Mendonça Borges Gama deu-se por Rabdomiólise, conforme farta e comprovadamente já dissertamos ao longo desse trabalho científico. E, como restou comprovado, ele era plenamente saudável até aquela instrução em que acabou falecendo ao final".*

Apesar disso, pode haver dúvidas a serem dirimidas, sendo certo que esses pontos deverão ser equacionados no curso regular da instrução criminal.

Nessa fase de admissibilidade de deflagração da ação penal, não é permitido ao magistrado ingressar no mérito para rejeitar a pretensão ministerial, cabendo-lhe, tão somente, verificar se a peça acusatória preenche os requisitos exigidos nos arts. 77 e 78 do CPPM.

Nesse sentido, é o entendimento dessa Corte, conforme se observa na transcrição das ementas a seguir relacionadas:

> *"IPM. Preliminar. Falta de acesso a peças dos autos. Nulidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Inexistência de pedido. Ausência de indiciamento. Dada a natureza inquisitorial do inquérito policial militar, a impossibilidade de acesso a autos de IPM por quem não requereu e não foi indiciado nos autos não constitui cerceamento de defesa. IPM. Preliminar. Comunicação antecipada de oferecimento de denúncia. Inexigibilidade. No*

processo penal militar não se exige comunicação prévia do oferecimento da denúncia a quem será denunciado. Em caso de recurso contra a rejeição da denúncia os recorridos serão intimados a contra-arrazoar, ocasião em que terão acesso ao teor da inicial acusatória e das provas que a fundamentam. Curso Militar. Instrutores denunciados por maus tratos contra alunos. Individualização detalhada da conduta na denúncia. Crime por omissão imprópria de autoria coletiva. Desnecessidade. ***Nos crimes de autoria coletiva, na modalidade omissiva, admite-se a denúncia que apenas aponta quais instrutores omitiram o dever de cuidado para com os alunos ofendidos, ensejando o recebimento da denúncia pelo tribunal para, somente durante a ação penal militar, apurar-se detidamente a autoria de eventuais lesões e qual o grau de reprovabilidade da conduta omissiva de cada instrutor. Maus tratos. Falta de nexo de causalidade entre a omissão dos instrutores e a lesões sofridas. Não comprovação. Desnecessidade de ocorrência de lesão para a caracterização do delito. O crime de maus tratos é crime de perigo e não exige a ocorrência de lesão para sua configuração, mas apenas para a incidência da qualificadora. Laudo atestando que a lesão é decorrente do treinamento militar é suficiente para o recebimento da denúncia na forma qualificada dos maus tratos, não cabendo ao juiz-auditor afastar a validade do laudo em juízo de delibação para rejeitar a denúncia.*** *Atipicidade por ausência de potencial consciência do delito avaliada em juízo de delibação. Impossibilidade. Em sede de juízo de delibação não deve o juiz-auditor apreciar com profundidade matéria referente ao dolo dos denunciados, sob pena de invadir competência do Conselho de Justiça e de antecipar juízo de mérito, admissível apenas após a instrução probatória. Havendo indícios de que os instrutores descumpriram normas de segurança aos instruendos de curso militar nasce a potencial consciência de estarem agindo de maneira ilícita que, em conjunto com outros indícios, enseja o recebimento da denúncia, pela aplicação do principio 'in dubio pro societate'. Violência contra superior. Chute no peito. Rejeição da denúncia por ausência de lesões e por inexistência de dolo. Impossibilidade. Desnecessidade de ocorrência de lesão para a caracterização do delito. O crime de violência contra su-*

> *perior não exige a ocorrência de lesão corporal para sua configuração, bastando o emprego de violência física. Confessado o chute no peito do superior hierárquico, ainda que sem lesões, recebe-se a denúncia, não cabendo ao juiz-auditor afastar o dolo em juízo de delibação para rejeitar a exordial. Estando satisfeitos seus requisitos legais, recebe-se a Denúncia.* (Recurso em Sentido Estrito nº 35-52.2010.7.01.0401/RJ, Relator: Ministro: CLEONILSON NICÁCIO SILVA, Julgado em: 27/10/2011). Grifei.

Há outros precedentes desta Corte também merecedores de destaque, como se pode observar nos seguintes julgados: Recurso em Sentido Estrito nº 103-14.2012.7.06.0006/BA, Relator o Ministro Ten Brig Ar JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS, julgado em 13/8/2013; Recurso em Sentido Estrito nº 115-95.2012.7.07.0007/PE, Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, julgado em 5/2/2013; Recurso em Sentido Estrito nº 72-45.2011.7.01.0401/RJ, Relator o Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, julgado em 18/4/2012; Recurso em Sentido Estrito nº 93-19.2009.7.01.0101/RJ, Relatora: Ministra Drª MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, julgado em 17/8/2010; Recurso em Sentido Estrito nº 31-03.2010.7.02.0202/SP, Relator: Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO, julgado em 11/2/2014; Recurso em Sentido Estrito nº 223-67.2013.7.01.0101/RJ, Relator: Ministro Ten Brig Ar CLEONILSON NICÁCIO SILVA, Julgado em 27/3/2014; Recurso em Sentido Estrito nº 85-73.2013.7.01.0401/RJ, Relator: Ministro Alte Esq MARCOS MARTINS TORRES, Julgado em 11/2/2014.

Ressalte-se que o art. 30 do CPPM preconiza que a Denúncia deve ser oferecida sempre que houver *"prova de fato que, em tese constitua crime"* e, pelo menos, *"indícios de autoria"*.

No caso, induvidoso que ambos os requisitos encontram-se perfeitamente delineados, uma vez que, até o presente momento, as provas carreadas aos autos denotam que houve, em tese, uma prática delituosa com indícios da autoria de ilícito penal militar. Todas essas questões precisam ser elucidadas no curso regular da Ação Penal Militar sob o manto do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A prova testemunhal é farta para amparar a deflagração da Ação Penal Militar nessa fase embrionária. A grande quantidade de Cadetes, ouvidos em IPM, que presenciaram a situação, é motivo suficiente para a

promoção da Ação Penal, mesmo porque serão esses os futuros comandantes do Exército Brasileiro que terão a responsabilidade de supervisionar as atividades nos quartéis e evitar que esse tipo de fato ocorra.

A instauração da Ação Penal Militar visa, além de apurar as circunstâncias da morte do Cadete RENAN MENDONÇA BORGES GAMA, evidenciar a total isenção desta Justiça Especializada e sua atenção para as questões ligadas ao respeito à pessoa humana.

Não é normal que ocorram óbitos em treinamentos, mesmo levando-se em consideração o alto grau de dificuldade pelo qual os exercícios se desenvolvem. É imperiosa a profunda investigação dos fatos. Estamos tratando da morte de um Cadete da respeitada Academia Militar das Agulhas Negras.

Volte-se a frisar que, operando-se o recebimento da Denúncia, não se está fazendo uma pré-condenação dos Oficiais envolvidos. Entretanto, não se pode deixar de apurar as circunstâncias que levaram à ocorrência do evento morte. Além do mais, se, durante o curso da Ação Penal, o MPM não vislumbrar o ilícito penal pelo qual denunciou os militares, poderá pedir a absolvição dos Oficiais.

Dessa forma, estando a Denúncia revestida das formalidades legais, consubstanciadas no cumprimento dos requisitos estabelecidos pelos arts. 77 e 78 do CPPM, deve ser conhecida a pretensão Ministerial e ser-lhe dada provimento.

Por todos esses motivos, estou convencido de que o recebimento da Denúncia era a melhor solução para este caso.

Não receber a Denúncia representa a impossibilidade de os militares denunciados comprovarem suas inocências. Restará, para sempre, nas suas respectivas carreiras, essa mácula, e não mais poderão justificar-se quanto ao delito que ora lhes é imputado.

Ante o exposto, votei pelo conhecimento e provimento do Recurso Ministerial para, desconstituindo a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª CJM, de 18 de dezembro de 2013, receber a Denúncia oferecida contra o Major do Exército URUBATÃ MUTERLE GAMA, o Major do Exército BERNARDO ROMÃO CORRÊA NETTO, o Capitão do Exército MAURO CESAR BARBOSA CID, o Capitão do Exército RODRIGO CADILHE DE ALMEIDA CHIARATO e a Tenente do Exército NATHALIA KNOPP LIMA todos incursos no crime previsto no art. 213,

§ 2º, c/c os arts. 29, § 2º, e 53, tudo do CPM, determinando a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito.

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, 4 de novembro de 2014.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 51-17.2014.7.07.0007-PE

Relator – Min. Dr. José Barroso Filho.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MMª Juíza-Auditora da 7ª CJM, de 14/7/2014, que rejeitou a arguição ministerial de incompetência daquele Juízo para apreciar os fatos investigados nos autos do IPM nº 51-17.2014.7.07.0007, referente aos Civis Laerte Ney de Paiva Fagundes e Tulio Antonio de Paiva Fagundes, e determinou o arquivamento da citada Inquisa.

Advogados – Drs. Marcus Vinicius Coelho Leal de Oliveira e Romulo José Carneval Lins Junior.

EMENTA

Recurso em Sentido Estrito. Ingresso clandestino. Prefeito Municipal. Competência originária do STM para o processamento e o julgamento do Feito. Desconstituição de Decisão de primeira instância. Reputa-se ser nula a Decisão de Juízo de primeiro grau da Justiça Militar da União que rejeita arguição ministerial de incompetência do Juízo para apreciar fatos investigados em IPM, pelo cometimento, em tese, de crime militar praticado por Prefeito Municipal, por ser absolutamente incompetente. Chega-se a tal conclusão após exegese que procura dar força normativa à Constituição Federal de 1988, preservando a sua essência – Konrad Hesse –, porquanto o art. 29, inciso X, da Carta Magna elegeu foro privilegiado para quem exerce o cargo de Prefeito Municipal, perante o Tribunal de Justiça, nos casos de crime comum. O Supremo Tribunal Federal, buscando dirimir quaisquer dúvidas sobre o tema, editou o enunciado de Súmula n° 702, realçando o entendimento de que, nos demais crimes, a competência originária caberá ao respectivo Tribunal de segundo grau. A jurisprudência do STF sedimentou o entendimento, seguido pelos demais tribunais, no sentido de que o Prefeito Municipal que pratica crime comum em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou empresas públicas federais (art. 109, IV, CF/88), será processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal Regional Federal e, no tocante aos crimes eleitorais, pelo Tribunal Regional Eleitoral. Inexistindo Tribunal Regional Militar no âmbito desta justiça especializada, obviamente, concluindo o raciocínio lógico-jurídico, em consonância,

também, com entendimentos doutrinários, a competência para processar e julgar prefeito municipal por crime militar é do Superior Tribunal Militar, em simetria com a jurisprudência pacífica do STF, porquanto os crimes militares, à semelhança dos crimes federais e eleitorais, estão sob a jurisdição da União. Quanto à competência para julgamento de corréu que não tenha foro privilegiado, aplica-se o teor do enunciado da Súmula n° 704 do STF, sendo a Justiça Castrense, também, competente para processar e julgar vice-prefeito que comete, em tese, crime militar em coautoria com prefeito municipal, em observância aos princípios da conexão e continência e em razão da jurisdição de maior graduação (art. 101, inciso III, do CPPM). Desconstituição da Decisão a quo*, com fulcro no art. 500, inciso I, do CPPM, reconhecendo a competência originária do STM para julgar prefeito municipal que comete, em tese, crime militar, determinando-se a remessa dos presentes autos ao ilustre Procurador-Geral da Justiça Militar, para as providências que entender cabíveis,* ex vi *do art. 123 da Lei Complementar n° 75/1993. Recurso ministerial provido. Decisão unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento ao recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para desconstituir a Decisão da Juíza-Auditora da Auditoria da 7ª CJM, de 14 de julho de 2014, exarada nos autos do IPM nº 51-17.2014.7.07.0007, com fulcro no art. 500, inciso I, do CPPM, reconhecendo a competência originária do Superior Tribunal Militar para julgar prefeito municipal que comete crime militar, e determinar a remessa dos autos ao ilustre Procurador-Geral da Justiça Militar, para as providências que entender cabíveis, *ex vi* do art. 123 da Lei Complementar nº 75/1993. Presidência do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior.

Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Giovanni Rattacaso. Presentes os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, José Coêlho Ferreira, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Cleonilson Nicácio Silva e Lúcio Mário de Barros Góes. (Extrato da Ata da 87ª Sessão, 11/11/2014).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Inominado interposto pelo Órgão Ministerial, contra a Decisão do Juízo da Auditoria da 7ª CJM que rejeitou arguição ministerial de incompetência daquele Juízo, para apreciar os fatos investigados nos autos do IPM nº 51-17.2014.7.07.0007, referente aos civis Laerte Ney de Paiva Fagundes e Tulio Antonio de Paiva Fagundes, e determinou o arquivamento da Inquisa.

Segundo o relatório de IPM (fls. 149/153), servidores da Prefeitura do Município de Rio do Fogo/RN ingressaram em área militar (Campo de Instrução de Punaú), sob jurisdição do Comando da 7ª Brigada de Infantaria Motorizada, por determinação do Prefeito Laerte Ney de Paiva Fagundes e de seu irmão, vice-prefeito, Tulio Antonio de Paiva Fagundes.

Tinham por finalidade realizar trabalhos de escavações; derrubada de árvores; e abertura de estrada para construção de tanques destinados ao cultivo de peixes, em tese, sem autorização da Administração Militar.

O representante do MPM requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça Militar, por entender que a competência para julgar o civil Laerte Ney de Paiva Fagundes seria do STM, tendo em vista o Acusado ostentar o cargo de prefeito, logo teria foro privilegiado neste grau *ad quem* (fls. 186/189).

A Juíza-Auditora da Auditoria da 7ª CJM indeferiu o pleito ministerial e reconheceu a atipicidade da conduta objeto da investigação (fls. 192/196).

Intimado o Órgão Ministerial, em 23 de julho de 2014 (fl. 199), a representante do MPM interpôs Recurso Inominado aos 28 subsequentes (fl. 200).

Em razões recursais pede a cassação da Decisão *a quo*, declarando-se a competência desta egrégia Corte para julgamento da causa; em sendo mantida a Decisão recorrida, o pronunciamento expresso, para fins de prequestionamento, à luz do art. 29, inciso X, da Carta Magna de 1988, argumentando que *"estaria esta Corte negando ao Chefe do Executivo Municipal foro constitucionalmente assegurado em razão de sua função."* (fls. 202/209).

Em contrarrazões (fls. 218/220), a Defesa pugna pela manutenção, na íntegra, da Decisão recorrida.

A Procuradoria da Justiça Militar (PGJM), em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso, devendo ser mantida a competência do Juízo *a quo* e que seja cassada a Decisão recorrida, determinando o prosseguimento do feito, com nova vista ao *Parquet* castrense para as providências que entender cabíveis (fls. 229/238).

Por ausência do Juízo de retratação, os autos foram baixados, por determinação deste Ministro-Relator, para que aquele Juízo procedesse nos termos do art. 520 do CPPM (fl. 241).

O Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 7ª CJM manteve a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, determinando remessa dos autos a esta egrégia Corte (fl. 246).

A PGJM, após nova vista, ratificou o parecer anterior (fls. 251/254).

É o Relatório.

VOTO

O presente recurso é tempestivo e cabível nos termos do art. 146, *in fine*, do CPPM, c/c o art. 116, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), e atende aos demais requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecido. **Quanto ao mérito, impõe-se o seu provimento**.

Assiste razão ao Órgão Ministerial, pois o civil Laerte Ney de Paiva Fagundes exerce o cargo de Prefeito no Município de Rio do Fogo, no Estado do Rio Grande do Norte, tendo foro privilegiado nas ações penais militares, perante esta egrégia Corte castrense. Vejamos.

Chega-se a tal conclusão após exegese que procura dar força normativa ao texto constitucional. Consoante o disposto no art. 29, inciso X, da Constituição Federal de 1988, o julgamento de Prefeito, por crime comum, será perante o Tribunal de Justiça.

Logo, a competência para julgar Prefeito que comete crime militar, por óbvio, não será do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, porquanto a competência desta justiça especializada, também, está disciplinada na Constituição Federal (art. 124).

Concluindo que o crime militar praticado por prefeito seja da competência desta Justiça especializada, resta, então, perquirir quanto ao foro adequado, perante o qual poderá o Prefeito ser processado, levando-se em consideração a intenção do Constituinte ao lhe dar foro privilegiado, nos termos do dispositivo supracitado.

O Supremo Tribunal Federal, buscando dirimir quaisquer dúvidas sobre o tema, editou o enunciado da Súmula nº 702 do STF, *in verbis*:

> *"A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos,* ***a competência originária caberá ao respectivo Tribunal de segundo grau****."* (grifo nosso).

No âmbito da JMU, inexiste o Tribunal Regional Militar; desse modo, a interpretação dada à Súmula deve ser restritiva, pois a exegese que procura dar mais eficácia à força normativa da Constituição, preservando a sua essência (Konrad Hesse), é a de entender que o Constituinte teve a intenção de estabelecer que o Prefeito Municipal deva ser julgado por Tribunal e não por Juízo de primeiro grau, nas ações penais.

Destarte, não restam dúvidas de que o Constituinte quis dar proteção ao ocupante do cargo de Prefeito Municipal, de modo a ser processado, criminalmente, perante o respectivo Tribunal competente e não diante do Juízo de primeiro grau. Essa foi a interpretação que a chegou o Supremo Tribunal Federal ao editar a mencionada Súmula.

A Constituição Federal de 1988, no art. 109, inciso IV, estabeleceu a competência aos Juízes Federais para o julgamento de infrações penais em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; não constando do art. 108 da Constituição competência explícita dos Tribunais Regionais Federais para o processamento e julgamento originário de Prefeito Municipal.

Contudo, o STF, realizando a interpretação sistêmica da matéria, pacificou o entendimento de que os Prefeitos Municipais que cometerem tais delitos terão foro privilegiado, perante o Tribunal Regional Federal, e não poderão ser processados e julgados, originariamente, por Juiz Federal.

O mesmo raciocínio se aplica à competência dos Tribunais Regionais Eleitorais para processar e julgar, originariamente, Prefeito Municipal que comete crime eleitoral, porquanto tal competência se deu à luz de

interpretação dada pelo STF, não existindo expressamente na Constituição ou no Código Eleitoral.

Pode-se reconhecer que não existe, na Lei nº 8.457/1992 e no Regimento Interno desta Corte, competência originária do STM para processar e julgar Prefeito Municipal.

Nesse diapasão, cabe citar a ementa do Mandado de Segurança nº 147-82.2013.7.00.0000/DF, da relatoria do eminente Ministro Fernando Sérgio Galvão, julgado em 7 de novembro de 2013, o qual reconheceu o *status* de Tribunal de segundo grau de apelação, desta Corte castrense, para solucionar o caso concreto, *in verbis*:

> *"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. PENA SEM FUNDAMENTAÇÃO. SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS DE APELAÇÃO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DO STM. NOVA SESSÃO DE JULGAMENTO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAR EXTENSIVAMENTE O ART. 23, § 1º, da Lei 8.457/92 PARA APLICÁ-LO AO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. REGRA CONCERNENTE AO JUIZ NATURAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. DECISÃO POR MAIORIA.*
>
> *Acórdão do STM que determina manter a condenação, o sobrestamento dos recursos das partes e declara a nulidade parcial de sentença por ausência do sistema trifásico de aplicação da pena gera grave celeuma, pois não há, nesse ínterim, reprimenda imposta ao réu.*
>
> *Os membros de CPJ atual, não sendo os juízes que prolataram a condenação exarada pelo antecedente, são absolutamente incompetentes para tão somente corrigir nulidade parcial de sentença. Tampouco tal Conselho atual estaria obrigado, sem acessar livremente todas as provas dos autos, a manter condenação que não sentenciou. Inexiste a previsão legal de o CPJ reunir-se apenas para a dosimetria da pena, aplicando o sistema trifásico, muito menos consta na Lei Penal Militar essa causa de interrupção da prescrição.*
>
> *Se o CPJ atual fosse designado para prolatar a nova decisão de dosimetria da pena, faltar-lhe-ia jurisdição, pois a única possibilidade de prorrogação de sua competência é a prevista no art. 436, parágrafo único, do CPPM. Assim, o art. 23, § 1º, da Lei 8.457/92, que trata do Conselho Especial de Justiça, não pode ser extensivamente interpretado para alcançar o Permanente.*

Descabe interpretação extensiva a dispositivo que impõe competência absoluta, ou seja, de juiz natural – art. 5º, inciso LIII, da CF/1988 –, perfazendo garantia constitucional indelével.

O STF e o STJ são Tribunais de superposição, enquanto o STM, em regra, é de segundo grau de apelação, descabendo-lhe impor qual a decisão a ser adotada pelo atual CPJ*. Este, sob o respaldo constitucional, vale-se da maior garantia democrática quanto ao exercício jurisdicional, ou seja, a incidência do princípio da livre convicção motivada.*

Havendo erros materiais, admite-se que o Tribunal de Apelação – STM – conserte-os*. Contudo, a condenação e a pena aplicada fazem parte da fundamentação da decisão, não se podendo engessar o Juiz (CPJ) àquela dada em momento histórico anterior. Quando se trata de decisão judicial, o Juiz jamais será agente administrativo cumpridor de ordem pré-estabelecida.*

Mesmo quando há previsão legal, o sobrestamento é entre os recursos interpostos, como, por exemplo, os Extraordinários e os Especiais, simultaneamente dirigidos ao STF e ao STJ. Essa interdependência não ocorre em relação a recursos interpostos na segunda instância e a decisão a ser reformada na primeira, algo capaz de gerar complexa coordenação não prevista em lei, a inversão insolúvel de atos processuais e a perda de conexão lógica.

Inexistindo o ato processual de decidir apenas sobre a dosimetria da pena, mas sim o de Sentença de mérito, e tendo o atual CPJ o direito e a obrigação, conforme o livre convencimento motivado, de decidir de acordo com as suas consciências e sob o estudo integral dos autos, deve-se anular o Acórdão vergastado para que outra Sessão de Julgamento seja realizada.

Concessão da segurança. Decisão por maioria." (grifo nosso).

Ressalte-se que, embora os julgamentos na primeira Instância, desta Justiça especializada, sejam realizados por Órgão colegiado, tal fato não traz a competência originária do Juízo de primeiro grau para o processamento e julgamento de Prefeito Municipal.

Importa lembrar que o Júri, instituição colegiada, tem assento constitucional (art. 5º, XXXVIII, CF/88) e, mesmo assim, o prefeito municipal que comete crime doloso contra a vida será processado e julgado,

originariamente, perante o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, nos casos de interesse da União.

Nesse sentido, cita-se o entendimento do STF, *in verbis*:

> *"Recurso extraordinário.* ***Competência. Prefeito Municipal, denunciado por crime de homicídio****. Constituição Federal, art. 29, VIII.* ***O Tribunal de justiça do estado processa e julga, originariamente, os prefeitos municipais, nos crimes comuns, da competência da justiça estadual, incluídos os crimes dolosos contra a vida. Não incide, na espécie, o art. 5º, XXXVIII, letra 'd', da constituição, quanto à competência do júri, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Cede a norma geral de competência, diante da regra especial que dispõe sobre o foro por prerrogativa de função****. Não pode prevalecer norma da constituição estadual que, porventura, afete ao júri o julgamento de prefeitos municipais acusados da prática de crime doloso contra a vida. Constituição Federal, art. 22, I. Na aplicação do art. 29, VIII, da Lei Magna de 1988, o STF tem feito, apenas, distinção entre crime comum da competência da Justiça Estadual e crime comum da competência da Justiça Federal, garantindo, de qualquer sorte, no âmbito da Justiça da União, o foro do Tribunal Regional Federal, nas hipóteses de crime, contra bens, serviços ou interesses da União ou suas autarquias (Constituição, art. 109, IV), praticados por prefeitos municipais. Nas hipóteses do art. 29, VIII, da Constituição, aplica-se, também, a Súmula 394 do STF. Recurso conhecido e provido, a fim de reconhecer a competência do Tribunal de Justiça do Estado."* (RE nº 162966/RS – Rel. Min. Néri da Silveira – 27/5/1993 – Tribunal Pleno) (grifo nosso).

Frise-se que, no tocante ao cometimento de crime eleitoral, o prefeito será processado e julgado perante Tribunal Regional Eleitoral (STF - RE nº 149544/MA – 31/10/1994 – 2ª Turma).

No que tange aos crimes militares, leciona Renato Brasileiro[108], *in verbis*:

> *"Na medida em que a Constituição Federal, em seu art. 29, inciso X, limitou-se a dizer julgamento do Prefeito perante o*

---

[108] LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência criminal*. Bahia: Editora Juspodivm, 2010. p. 463-64.

Tribunal de Justiça, sem especificar quais os crimes a serem submetidos a esse órgão, entende-se que, na hipótese de crime praticado contra bens, serviços ou interesse da União, competente será o Tribunal Regional Federal e não o TJ. Pela mesma razão, tratando-se de crime eleitoral, a competência será do Tribunal Regional Eleitoral; ***em caso de crime militar federal, a competência será do STM.****"* (grifo nosso).

O entendimento do autor se coaduna com as lições de Maria Lúcia Karam[109], *in verbis*:

> *"Da mesma forma, deve ser tratada a hipótese de se ter ação penal exercitada para manifestar pretensão punitiva fundada em crime militar, cuja prática é atribuída a prefeito municipal. Aqui também a privatividade de atuação dos Tribunais de Justiça dos Estados em processos penais onde sejam réus ocupantes de determinados cargos públicos (com a única ressalva da competência da Justiça Eleitoral), a afastar a competência de órgãos da Justiça Militar Federal, é estabelecida em regra constitucional (art. 96, inciso III) que se refere unicamente a magistrados e órgãos do Ministério Público locais, não se podendo, por isso, admitir a ampliação da competência de tal órgão jurisdicional para conhecer originariamente de causas relativas a prefeitos municipais na hipótese de se incluir a infração penal alegadamente praticada pelo ocupante daquele cargo entre as que são tratadas na regra contida no art. 124 da Constituição Federal, que, pelas mesmas razões acima expostas em relação à competência da Justiça Federal comum, deve ser entendida como regra especial,* ***devendo o processo, em tal caso, se desenvolver perante o Superior Tribunal Militar, para, como na hipótese anterior, se harmonizarem os interesses confrontados****"*. (grifo nosso).

No entanto, tal entendimento destoa do escopo implícito na Carta Magna, quanto à proteção constitucional pela prerrogativa da função de Prefeito Municipal.

No caso, como não existe Tribunal Regional Militar no âmbito desta justiça especializada, obviamente, concluindo o raciocínio lógico-jurídico, a competência para processar e julgar Prefeito Municipal por

---

[109] KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 119.

crime militar é do Superior Tribunal Militar, em simetria com a jurisprudência pacífica do STF, que sedimenta o seguinte entendimento:

- o Prefeito Municipal tem foro privilegiado no Tribunal de Justiça do Estado, para o julgamento dos crimes comuns, mesmo em se tratando de crime doloso contra a vida (art. 29, X, CF/88);

- no cometimento de crimes comuns, praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de suas Autarquias ou Empresas Públicas Federais (art. 109, IV, CF/88), será processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal Regional Federal; e

- no tocante aos crimes eleitorais, será processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Ora, os crimes militares, à semelhança dos crimes federais e eleitorais, estão sob a jurisdição da União.

Desse modo, a interpretação dada pelo STF, concernente à competência por prerrogativa de função do prefeito municipal que comete crimes Federais e Eleitorais, aplica-se, perfeitamente, aos crimes Militares, por serem de competência de um ramo especializado da Justiça da União.

Pensar diferente seria retirar o foro privilegiado que foi dado a quem exerce o cargo de Prefeito Municipal, pela Constituição Federal de 1988, unicamente nesta Justiça especializada.

Quanto à competência para julgamento do vice-prefeito Tulio Antonio de Paiva Fagundes, aplica-se, *in casu*, o teor do enunciado da Súmula nº 704 do STF, *in verbis*:

> *"Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados."*.

Portanto, esta egrégia Corte castrense também será competente para processar e julgar o civil Tulio Antônio de Paiva Fagundes, em observância aos princípios da conexão e continência e em razão da jurisdição de maior graduação (art. 101, inciso III, do CPPM).

Quanto ao precedente desta egrégia Corte castrense, citado na Decisão recorrida (RSE nº 1997.01.006408-2), que, naquela ocasião, reconheceu a competência do Colegiado de 1º grau para julgar Prefeito

Municipal por crime militar, é importante ressaltar que, embora seja posterior à Constituição Federal de 1988, foi anterior ao enunciado da Súmula nº 702 do STF (publicada no DJ de 9 de outubro de 2003).

Por fim, considerando que a Decisão do Juízo da Auditoria da 7ª CJM, que rejeitou arguição ministerial de incompetência daquele Juízo, para apreciar os fatos investigados nos autos do IPM nº 51-17.2014.7.07.0007, foi prolatada por Juízo incompetente, a Decisão impugnada deve ser anulada, *ex vi* do art. 500, inciso I, do CPPM.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso interposto pelo Órgão Ministerial para desconstituir a Decisão da Juíza-Auditora da Auditoria da 7ª CJM, de 14 de julho de 2014, exarada nos autos do IPM nº 51-17.2014.7.07.0007, com fulcro no art. 500, inciso I, do CPPM, reconhecendo a competência originária do STM para julgar prefeito municipal que comete crime militar, e determinar a remessa dos presentes autos ao ilustre Procurador-Geral da Justiça Militar, para as providências que entender cabíveis, *ex vi* do art. 123 da Lei Complementar nº 75/1993.

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 e dar provimento ao recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para desconstituir a Decisão da Juíza-Auditora da Auditoria da 7ª CJM, de 14 de julho de 2014, exarada nos autos do IPM nº 51-17.2014.7.07.0007, com fulcro no art. 500, inciso I, do CPPM, reconhecendo a competência originária do Superior Tribunal Militar para julgar prefeito municipal que comete crime militar, e determinar a remessa dos autos ao ilustre Procurador-Geral da Justiça Militar, para as providências que entender cabíveis, *ex vi* do art. 123 da Lei Complementar nº 75/1993.

Brasília, 11 de novembro de 2014 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 186-65.2012.7.01.0201-RJ

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 11/10/2013, proferida nos autos do IPM nº 186-65.2012.7.01.0201, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do ex-Sd Aer Gabriel Jesus Barreto, como incurso no art. 248, parágrafo único, inciso II, e no art. 324, c/c o art. 63, c/c o art. 79, tudo do CPM.

Advogado – Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ATIPICIDADE. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. 1. A apropriação indébita só se caracteriza quando o autor age com animus rem sibi habendi*, ou seja, com a vontade de se apropriar de coisa, hipótese não verificada nos fatos descritos na Denúncia. 2. A norma do art. 324 do CPM é um preceito aberto e aplicá-la sem o mínimo de critério seria o mesmo que excluir a possibilidade da existência de infração disciplinar, considerando qualquer falta administrativa como crime. 3. A conduta em questão melhor se adequa à infração disciplinar, faltando, portanto, justa causa para a instauração da ação penal. 4. Recurso desprovido. Decisão Unânime.*

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso ministerial, mantendo na íntegra a Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, José Américo dos Santos, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. Ausentes, justificadamente, os Ministros Olympio Pereira da Silva Junior, William de Oliveira Barros e

Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 96ª Sessão, 3/12/2014).

RELATÓRIO

Em 22 de julho de 2013, o Ministério Público Militar, com atuação perante a 2ª Auditoria da 1ª CJM, baseado no IPM nº 186-65.2012.7.01.0201, ofereceu Denúncia (fls. 315/320) em desfavor do ex-Sd Aer GABRIEL JESUS BARRETO, que servira no Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro/RJ, pelos seguintes fatos delituosos:

> *"(...) O exame dos autos evidencia que o roubo da viatura militar pertencente à Aeronáutica, ocorrência essa geradora do IPM em epígrafe, ocorreu no dia 2 de junho de 2012, sábado, entre 19h30min e 19h45min, segundo noticiado pelo Denunciado na Delegacia de Polícia.*
>
> *A investigação realizada no IPM em epígrafe mostrou que o Denunciado exercia a função de motorista da Seção de Transporte de Superfície (STS) do Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro/RJ, desde o dia 27 de fevereiro de 2012 (ofício n. R-10/SIJ/4413, de 12 de junho de 2013). O mesmo expediente informa que o Denunciado exercia a função de motorista da OM desde o dia 14 de dezembro de 2010, de acordo com o Boletim Ostensivo nº 299, de 14 de dezembro de 2010.*
>
> *Desde fevereiro de 2012 dirigia como motorista do Chefe do Serviço Geral de Correspondência e Arquivo da Aeronáutica (SEGECAE). Portanto, tinha sob sua responsabilidade e posse lícita a viatura oficial, FIAT UNO, registro FAB 5CP013, placa LRD-1110.*
>
> *Conforme restou apurado, o Denunciado, movido por agir livre e consciente, deixou de observar dispositivos de Norma de Padrão de Ação (NPA) que define as normas e procedimentos a serem adotados pela Subseção de Operação de Viaturas da STS no desempenho das obrigações legais atribuídas ao setor, além de padronizar as ações pertinentes ao cargo de Gestor de Transporte, encarregados e auxiliares.*
>
> *Desse modo, após encerrada a rotina diária de trabalho, recolheu a descrita viatura em garagem particular (o que fez desde março de 2012 – depoimento prestado). Ademais, no dia da ocorrência citada no primeiro parágrafo desta exordial, transportou amigo civil (PATRICK MORAIS OLIVEIRA DOS SANTOS)*

no veículo da Aeronáutica. O Denunciado alegou que ele e o aludido civil deslocaram-se na viatura militar com a finalidade de rebocar o carro particular do Denunciado que havia enguiçado.

De outro vértice, a apuração empreendida pela autoridade militar bem definiu que o Denunciado, além de não ter observado norma em vigor no aquartelamento, com conduta igualmente voluntária e querida, também passou a dispor do veículo oficial como se fosse proprietário do mesmo.

O Denunciado, ao ser inquirido acerca das imputações que ora lhe são atribuídas, alegou como justificativas das condutas que consumou que frequentava o curso noturno de Pedagogia na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Os deslocamentos para a universidade eram feitos na viatura oficial. Aduziu que conseguiu, de maneira informal, a autorização para estacionar o veículo oficial da Aeronáutica no quartel do Exército, durante a noite, quando nele se deslocava para a UERJ, após encerrada a jornada diária como motorista.

Admitiu que não seguiu os trâmites legais previstos e necessários para que guardasse o veículo da Aeronáutica em quartel do Exército. Igualmente admitiu que nada comunicou à organização militar da Aeronáutica em que servia nesse sentido. Alegou que, após algum tempo, os militares do Exército de serviço não permitiram mais o pernoite da viatura da Aeronáutica no quartel da Força Terrestre.

Desde então, passou a levar a viatura para a garagem de sua residência, onde o veículo oficial pernoitava. Asseverou que assim agiu sem comunicar ou pedir autorização aos superiores.

O pai do Denunciado, Sr. PAULO JORGE PINTO BARRETO, confirmou a guarda da viatura oficial na residência do mesmo. O Denunciado chegava por volta das 18h, quando guardava a viatura na garagem. Todavia, quando se deslocava para a UERJ no veículo oficial, retornava com o UNO por volta das 22h.

Observa-se, de outro giro, que o Denunciado possui veículo particular. No entanto, o automóvel particular era reservado para ser utilizado tão só nos finais de semana. Durante a semana, o Denunciado valia-se da viatura militar para a rotina particular.

O Ten Cel CLÁUDIO SANTOS EDUARDO, por sua vez, era o oficial para quem o Denunciado dirigia. Asseverou que não

deu nenhuma autorização no sentido de que a viatura oficial fosse levada para a residência do Denunciado. Muito menos para que o então S1 BARRETO fosse para a universidade nesse veículo. Garantiu não ter conhecimento das condutas imputadas ao então S1 BARRETO.

No sábado, dia 02 de junho de 2012, por volta das 19h, o ex-S1 GABRIEL JESUS BARRETO, junto com amigo civil, PATRICK MORAIS OLIVEIRA DOS SANTOS, decidiu rebocar o automóvel particular do militar, um Gol, ano 1989, com o veículo oficial.

Segundo o então S1 BARRETO também alegou, o veículo particular de propriedade do mesmo apresentou problemas mecânicos no trajeto para a casa da genitora do ex-militar, mais precisamente, na rua Canindé.

Nesse local, encontrou o amigo civil PATRICK que mora nas imediações. Neste momento, o então S1 BARRETO resolveu retornar à residência para buscar a viatura oficial e com ela rebocar o carro particular de propriedade do mesmo com o auxílio de uma corda levada por PATRICK.

Dando continuidade à narrativa dos fatos, assinalou que, ao se dirigirem para o local onde o automóvel particular do então S1 BARRETO estava enguiçado, foram abordados por quatro elementos armados.

Garantiu que esses indivíduos desceram de um Corsa prata, veículo esse que, após a abordagem que descreveu, ficou no local. Estimou que a abordagem teria ocorrido entre 19h30min e 19h45min.

Narrou que, na sequência, os referidos elementos roubaram os pertences particulares do mesmo e de PATRICK, assim como a viatura oficial, o FIAT UNO, registro FAB 5CP013, placa LRD-1110. A partir do relato do Denunciado acerca da ocorrência, foi elaborado o Registro de Ocorrência.

Investigados os fatos, a Autoridade Militar definiu que o então S1 BARRETO, embora ciente das normas do procedimento para conduzir a viatura para a qual foi designado, apropriou-se do veículo oficial para deslocamentos não autorizados e cujo objetivo era atender compromissos de natureza particular.

Do mesmo modo, também movido por conduta livre e consciente, demonstrando tolerância, não observou norma em vigor na organização militar.

A viatura militar, avaliada em R$ 13.416.00 (treze mil, quatrocentos e dezesseis reais), segundo o laudo pericial, foi localizada pela autoridade policial civil e devolvida à OM de origem.

No entanto, restaram desaparecidas as peças descritas à fl. 90. Em acréscimo, foram causadas avarias na lateral esquerda do automóvel. O prejuízo causado à autoridade militar, com as avarias causadas, foi orçado em R$ 1.175,40 (mil, cento e setenta e cinco reais e quarenta centavos), nos termos do laudo pericial de fls. 152, tendo decorrido da inobservância dolosa, pelo Denunciado, da especificada norma em vigor. Esse valor não foi ressarcido à Administração militar.

Vale observar que a NPA 074D-11/STS, que versa sobre a Organização e Funcionamento da Subseção de Operação de Viaturas (STS-2), em seu subitem 2.2.4, ao prever as atribuições dos Motoristas da Subseção de Operação de viaturas, dispõe que os motoristas deverão:

> *(...)*
>
> *j) Não recolher para o pernoite as viaturas da STS em garagens particulares;*
>
> *k) Não transportar material ou pessoal nas viaturas a não ser que esteja devidamente autorizado;*
>
> *l) Em hipótese alguma, deve o motorista desviar-se da missão referenciada na papeleta de trânsito. Quando houver necessidade de prolongamento de percurso a pedido de alguma autoridade ou necessidade de serviço, o motorista deverá lançar a razão da alteração de percurso e o nome do solicitante no verso da papeleta, ficando, portanto, responsável por perdas ou danos na viatura e, ainda, passível de punição disciplinar, o motorista que, por conta própria, executar percursos, sem autorização, para fins particulares (...).*

Restou demonstrado, de forma inequívoca que o então S1 GABRIEL JESUS BARRETO deixou de observar as normas constantes na referida NPA.

A organização militar, assim, teve que arcar com o prejuízo devidamente materializado no laudo pericial acostado a fls.

152, que se reporta às avarias causadas à viatura militar, bem como a subtração de peças do auto oficial.

De outro vértice, a prova produzida igualmente materializou que o Denunciado em tela, por ato voluntário e querido, inverteu o título da posse exercida.

Desse modo, transformou a posse em domínio, passando a dispor da coisa como proprietário, conforme detalhado pelo próprio Denunciado.

Avulta notar que a NPA 074-D-11/STS (ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA SUBSEÇÃO DE OPERAÇÃO DE VIATURAS (STS-2)) (fls.236/246) foi substituída pela NPA 074-E-12/STS (ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA SUBSEÇÃO DE OPERAÇÃO DE VIATURAS (STS-2)), nos termos da Portaria GAPRJ n. 156-T/GAP-RJ, de 06 de julho de 2012, na qual foram mantidos os dispositivos violados pelo denunciado.

A autoridade militar, também pelo Ofício R-10/SD/4413, prestou esclarecimentos acerca do abastecimento e consumo de combustível, referente à viatura em tela, no período em que o Denunciado atuou como motorista, utilizando o veículo em tela. Ademais, pelo Ofício n. R-9/IPM/3389, a autoridade militar referiu que, no dia 02 de junho de 2012, o SGT R/l ANTÔNIO CARLOS LISALDO NUNES não chegou a confrontar os veículos que pernoitaram na STS com o quadro de disponibilidade diária de viaturas para missões (...)".

O Juiz-Auditor Substituto, por Decisão proferida em 11/10/2013 (fls. 327/328), rejeitou a Denúncia com base nos seguintes argumentos:

"(...) Analisando-se a referida acusação, é de ver-se que, nos termos do artigo 77, do CPPM, mais precisamente na sua alínea 'e', há a necessidade da exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias no libelo. Logo, o juiz não poderá receber uma Denúncia se ela não informar o fato apontado como delituoso, e, assim, se traduzir numa das condições da ação que é a possibilidade jurídica do pedido.

O crime de apropriação indébita, previsto no artigo 248, do CPM, tem por elementar o verbo 'apropriar-se', que, segundo a doutrina, significa tornar-se dono da coisa, tratá-la, em todos os sentidos, como se sua fosse. O agente, que não é proprietário da coisa, com a conduta, passa a agir como se ela lhe pertencesse, passando a exercer, em relação a ela, direitos que só o

proprietário pode. O agente, estando na posse da coisa ou apenas detendo-a, passa, em dado momento, a sentir-se o dono dela, agindo como tal. Assinala ainda a doutrina que o agente deve negar-se a devolver a coisa conforme combinado ou após instado a fazê-lo.

Não é o que se tem nos autos, o que se verifica é que o Réu guardou a viatura em sua residência por três meses, tempo longo demais para se aceitar que a sua Unidade Militar desconhecia isto, pois não deu a falta da referida viatura diariamente, muito menos emitiu alguma autorização para que ela pernoitasse em alguma OM. Na realidade, o Réu não praticou uma conduta completamente alheia ao conhecimento de sua OM e, sobretudo, por se tratar de motorista de um Oficial Superior. O uso indevido da viatura para fins particulares não é o suficiente para caracterizar o crime de apropriação indébita, como entende a jurisprudência.

O mesmo pode ser tido com relação ao crime previsto no artigo 324, do CPM, com referência ao tempo e à questão não ter dado à sua falta diariamente, evidenciando a tolerância por parte de sua OM. Assim, sua conduta longe está de caracterizar-se em uma apropriação indébita e em uma inobservância de norma regulamentar, como consta da exordial, mas sim e, no máximo, falta disciplinar.

Pelo que, com base na alínea 'a', do artigo 78, c/c na alínea 'e', do artigo 77, ambos do CPPM, ***REJEITO*** *a denúncia ora apresentada (...)".*

Irresignado, o *Parquet* das Armas, em 22/10/2013, interpôs Recurso em Sentido Estrito (fl. 329), argumentando, em razões de fls. 332/338, que a Denúncia deve ser recebida sempre que revestida das formalidades legais e alicerçada em bases probatórias da materialidade e indícios suficientes de autoria; que cabe ao Colegiado *a quo* a oportunidade de examinar a tipicidade material e subjetiva; que a Denúncia oferecida preenche todos os requisitos do art. 77 do CPPM; que o MPM norteou-se pela prova dos autos e pelo Princípio da Obrigatoriedade; que várias diligências foram realizadas no curso do IPM, tendo a Denúncia sido oferecida com base no acervo probatório, uma vez que havia indícios suficientes de autoria e prova incontestes de fatos que, em tese, constituem delitos; que é indispensável a instrução criminal e o exame pelo CPJ; que a rejeição da Denúncia só se justifica por atipicidade de conduta, quando essa se estabelece de maneira incontestável e inafastável;

que o magistrado deu integral e absoluto valor ao que narrou o Denunciado, para justificar as condutas delituosas consumadas; que a Decisão antecipou a apreciação e julgamento do mérito, em detrimento do CPJ. Ao final requereu o provimento do Recurso e o recebimento da Denúncia.

Em Contrarrazões (fls. 370/375), a Defesa argumentou que a Decisão recorrida merece ser mantida; que o elemento subjetivo do delito de apropriação indébita é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de o Agente se assenhorar do bem móvel; que não se verificou a inversão da posse, pois o Réu jamais deixou de dar ao bem a finalidade pública; que o uso descrito na Denúncia foi sempre subsidiário, que é patente que o Denunciado estava avalizado por seu superior; que, quanto ao delito da art. 324 do CPM, deve ser destacado que o dispositivo viola o Princípio da Legalidade, por absoluta abertura e imprecisão da descrição típica; que, ainda que se julgasse constitucional tal dispositivo, deveria ser aplicado o Princípio da Intervenção Mínima; que o comportamento descrito na Denúncia deve ser aferido no âmbito administrativo disciplinar, não possuindo vulto suficiente para esfera penal. Requereu, por fim, o desprovimento do Recurso.

Pela Decisão de fl. 380, em Juízo de Retratabilidade, o Juiz-Auditor Substituto manteve a Decisão recorrida.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls. 388/391, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. JOSÉ GARCIA DE FREITAS JÚNIOR, pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do presente recurso.

A DPU foi intimada de que o presente processo fora colocado em mesa para julgamento. (fl. 395)

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público Militar, contra a Decisão do Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditora da 1ª CJM, de 11/10/2013, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o ex-Sd Aer GABRIEL JESUS BARRETO, como incurso no art. 248, parágrafo único, inciso II, e no art. 324, c/c o art. 63, c/c o art. 79, tudo do CPM.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Sustenta o MPM que a Denúncia deve ser recebida, uma vez que estão presentes a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, cabendo ao Conselho Permanente de Justiça, após a instrução criminal, a análise da tipicidade material e subjetiva; que a Denúncia preenche todos os requisitos do art. 77 do CPPM, tendo sido oferecida com base na prova dos autos e no Princípio da Obrigatoriedade; e que o magistrado deu valor absoluto à versão do Denunciado.

Não assiste razão ao Ministério Público Militar.

De acordo com o art. 30 do CPPM, a Denúncia deve ser apresentada sempre que houver prova de fato que, em tese, constitua crime e indícios de autoria.

A primeira conduta criminosa atribuída ao Denunciado é a apropriação indébita, assim descrita no Código Penal Militar:

> *"Art. 248. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem posse ou detenção."*.

Como se vê, o núcleo do tipo penal em questão é o verbo apropriar-se.

A doutrina define a apropriação indébita da seguinte forma:

> *"O crime de apropriação indébita somente pode ser praticado dolosamente, devendo o agente agir com* ***animus rem sibi habendi****, ou seja, atuar com a intenção, a vontade livre e consciente de se apropriar de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção."* (NEVES, Cícero Robson Coimbra & SREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. Editora Saraiva. p. 1.261).
>
> *"Apropriar-se significa apossar-se ou tomar como sua coisa que pertence a outra pessoa (....)*
>
> *A vontade específica de pretender apossar-se de coisa pertencente a outra pessoa está ínsita no verbo 'apropriar-se'. Portanto, incidindo o dolo sobre o núcleo do tipo, é isso suficiente para configurar o crime de apropriação indébita. Além disso, é preciso destacar que o dolo é sempre atual, ou seja, ocorre no momento da conduta 'apropriar-se', inexistindo a figura por alguns apregoada do 'dolo subsequente'. Ex.: se alguém receber uma joia para guardar e usar, enquanto o proprietário dela não*

*se utiliza, somente ocorrerá o delito de apropriação indébita no momento em que o dono pedir de volta a joia e o possuidor resolver dela apropriar-se, não mais devolvendo o que recebeu em confiança (ver Parte Geral, capítulo XIII, item 2.1)". (*NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro. p. 736).

Com base na doutrina citada, fica evidente que os fatos narrados na Denúncia não descrevem o crime em questão. A toda evidência, o simples uso indevido do bem público para fins particulares não é suficiente para a caracterização do crime de apropriação indébita, uma vez que falta o *animus* de assenhorar-se do bem. Ficou demonstrado que a intenção do Agente foi apenas de utilizar-se momentaneamente da *res*.

Já quanto ao delito tipificado no art. 324 do CPM, deve ser ressaltado que o Inquérito que deu origem à presente ação penal, de acordo com a Portaria GAPRJ nº R-9-T/SIJ, do Grupamento de Apoio da Aeronáutica, datada de 6/6/2012 (fl. 2), foi instaurado para apurar *"os fatos relativos ao roubo da viatura oficial Uno, placa LRD 1110"*.

Da Conclusão do Inquérito consta o que se segue:

> *"(...) este Encarregado entende que o militar designado para conduzir a referida viatura, embora ciente das normas de procedimento, utilizou a viatura oficial para deslocamentos não autorizados e cuja finalidade era atender compromissos de natureza particular.*
>
> *Constatou-se, ainda, que o militar, sem o conhecimento da Seção de Transportes de Superfície (STS), levou a viatura para pernoitar em Organização Militar do Exército Brasileiro durante determinado período e, mediante o impedimento de permanecer com ela naquele quartel, resolveu, por iniciativa própria, levá-la para sua residência.*
>
> *Diante da exposição dos fatos, este Encarregado conclui que o roubo da viatura ocorreu de forma alheia à vontade do militar, haja vista que houve um 'arrastão', prática muito adotada na cidade do Rio de Janeiro para roubo de veículos.*
>
> *Ressalta-se, ainda, que, contrariando as normas previstas na Seção de Transportes de Superfície (STS) do Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro (GAP-RJ), o militar pernoitava a viatura em sua residência após cumprimento das missões diárias. Neste*

sentido, a administração pública entende que o militar cometeu uma transgressão disciplinar ao descumprir a NPA, pois deveria retornar para a STS, local correto para a viatura pernoitar.

Em face do acima exposto e que dos autos consta, observando o art. 9º do Código Penal Militar, que considera crime militar, em tempo de paz, praticado por autoria desconhecida, onde há indícios de crime de roubo, capitulado no artigo 242, do CPM." (fl. 88).

O Comandante da OM homologou a Conclusão acima transcrita e emitiu a seguinte Solução para o IPM:

"(...) Verifica-se que os fatos apurados constituem crime capitulado no Código Penal Militar, no entanto, não sendo possível identificar a autoria.

No tocante ao aspecto disciplinar, há indícios de transgressão disciplinar por parte do S1 GABRIEL JESUS BARRETO, que deverá ser ouvido conforme Portaria nº 782/GC3, de 10 de novembro de 2010." (fl. 89).

O primeiro aspecto que deve ser considerado é a decisão da Autoridade Militar, pois, essa, devido à sua proximidade com o fato e o seu conhecimento sobre o envolvido, tem condições favoráveis para sopesar a gravidade dos eventos ocorridos. Apesar de tal critério não poder ser avaliado de forma absoluta, entendo que deve ser relevante.

De outro lado, é importante ressaltar que a vida na caserna, nas Forças Armadas, pela sua própria natureza e pela necessidade de organização e disciplina, é toda regulamentada através de normas, resoluções, portarias etc.

Quanto ao tipo penal descrito no art. 324 do CPM, "*deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução",* vale destacar que se trata de uma norma que, dado ao seu caráter aberto, se for considerada em seu sentido amplo, abrangeria todas as atividades dos agentes militares das Forças Amadas previstas em regramento específico. Assim, uma simples inobservância de regra ou uma mera falta administrativa sem maiores consequências (militar que por desatenção deixa de prestar uma continência ou que se atrasa por alguns instantes para o expediente administrativo), a rigor, deveria ser considerada crime militar, afastando a possibilidade de se dar tratamento a tais questões na esfera

disciplinar, o que seria desarrazoado e de todo inviável para o funcionamento institucional das Forças Armadas.

Nesse mesmo diapasão, cita-se a seguinte doutrina relativa ao tipo penal em comento:

> *"Assim, elegemos como premissa nossa conclusão de que o tipo penal em foco constitui norma penal muito 'porosa', muito aberta, quase configurando um crime vago, em que qualquer conduta pode amoldar-se, circunstância que fere o princípio da legalidade, por não haver um mínimo de exatidão na descrição típica. Chegar atrasado, por exemplo, hoje cediçamente uma simples transgressão disciplinar, pela aplicação desmedida do tipo incriminador em discussão, poderia ganhar contornos penais militares, o que, convenhamos, seria absurdo."* (NEVES, Cícero Robson Coimbra & SREIFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. Editora Saraiva. p. 1.494 p.).

Além disso, trata-se de uma norma penal em branco – a ser completada por outra norma específica apontada como violada – que, em face do Princípio da Intervenção Mínima, só deve ser aplicada na hipótese de uma conduta infracional que não tenha um tratamento repressivo previsto em regra específica, e que, pelo grau de ofensividade e reprovabilidade, mereça uma reprimenda penal, o que não se vislumbra no presente caso.

Assim sendo, entendo que a melhor avaliação sobre o fato foi feita pelo Encarregado do Inquérito e pelo Comandante da OM, que considerou a conduta como infração disciplinar, faltando, portanto, justa causa para a instauração da ação penal.

De forma análoga, recentemente já decidiu esta Corte, como se pode ver no seguinte Aresto:

> *"EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECUSA DE OBEDIÊNCIA (ART. 163 DO CPM) E INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO (ART. 324 DO CPM). REQUISITOS DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. UNANIMIDADE.*
>
> *O Magistrado, ao examinar a Peça Acusatória, deve limitar-se à análise dos requisitos legais elencados nos artigos 77 e*

> *78 do CPPM, sem adentrar ao Mérito, exigindo-se, para a deflagração da ação penal militar, a presença da justa causa. A ausência de justa causa por atipicidade da conduta ocorre quando, de plano, verifica-se quando não há descrição do fato supostamente criminoso, e suas circunstâncias, que permita o exercício da ampla defesa ou, ainda, quando a denúncia não traz, de forma clara, indícios de autoria e materialidade."* (RSE nº 69-72. 2013.7.07.0007/PE. Rel. Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Julgamento: 13/8/2014).

Por todo o exposto, nego provimento ao Recurso ministerial, mantendo íntegra a Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade de votos**, em negar provimento ao Recurso ministerial , mantendo na íntegra a Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 3 de dezembro de 2014 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 240-06.2013.7.01.0101-RJ

Relator – Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Recorrente – O Ministério Público Militar.

Recorrida – A Decisão do MM. Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM, de 6/12/2013, proferida nos autos do IMP nº 240-06.2013.7.01.0101, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do Cb Aer Felipe Sant'Anna Fernandes, como incurso no art. 195 do CPM.

Advogado – Dr. Geraldo Kautzner Marques, Defensor Dativo.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. ABANDONO DE POSTO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. CRIME INSTANTÂNEO E DE MERA CONDUTA. 1. Preliminar de nulidade da Denúncia. A não cientificação do Indiciado solto acerca do seu direito ao silêncio durante sua inquirição constitui mera irregularidade. Ademais, a Denúncia se embasou em outros elementos de prova. O Inquérito Policial Militar é mera peça informativa, que não passa pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Quando há concorrência entre o preceito disciplinar militar e o preceito penal militar, este último deve prevalecer. Não é poder discricionário do Juiz aplicar um ou outro, mas o crime sempre absorve a transgressão. 3. O Abandono de Posto é crime de mera conduta e instantâneo, não dependendo, portanto, de qualquer resultado danoso e se consuma no momento em que o agente se afasta do seu posto ou abandona o serviço para o qual estava escalado. Preliminar rejeitada. Recurso provido. Decisão Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou, por falta de amparo legal, a preliminar arguida pela Defesa do Cb Aer Felipe Sant'Anna Fernandes, de nulidade da Denúncia. **No mérito, por unanimidade**, deu provimento ao Recurso ministerial, para desconstituir a Decisão de fls. 55/57, e receber a Denúncia oferecida contra o Recorrido, como incurso no art. 195 do CPM, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito. Presidência do Ministro Fernando Sérgio Galvão, Vice-Presidente, na ausência ocasional da Ministra-Presidente.

Presidência da Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. 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, José Barroso Filho e Odilson Sampaio Benzi. O Ministro Marcos Martins Torres encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 51ª Sessão, 1º/8/2014).

RELATÓRIO

Em 25 de novembro de 2013, o Ministério Público Militar, com atuação perante a 1ª Auditoria da 1ª CJM, baseado no IPM nº 240-06.2013.7.01.0101, ofereceu Denúncia (fls. 50/52) em desfavor do Cb Aer FELIPE SANT'ANNA FERNANDES, servindo na Base Aérea dos Afonsos, em razão dos seguintes fatos***:***

> *"(...) Consoante apurado no procedimento investigativo em epígrafe, no dia 4 de outubro de 2013, por volta das 23h11min, o Denunciado, sem a devida autorização, na qualidade de Cabo-de-Dia ao BINFAE da Base Aérea dos Afonsos (escala de serviço), ausentou-se do quartel à paisana.*
>
> *Ouvido em IPM, o Denunciado alegou que recebera uma ligação de sua namorada, a qual lhe teria informado que estava grávida e, em razão da notícia, abandonou o serviço para o qual fora escalado.*
>
> *Desse modo, o Denunciado, segundo asseverou, colocou seu armamento no armário e, em trajes civis, saiu pelos portões B2 e B1 do quartel, oportunidade em que fora alertado pelas sentinelas de serviço de que não poderia ausentar-se, em virtude do serviço, fato ignorado pelo Denunciado.*
>
> *Ainda em sede de IPM, o Denunciado informou que, no dia dos fatos, esteve em um pagode próximo à sua residência para comprar bebidas alcoólicas.*
>
> *Verifica-se, assim, que o Denunciado, de forma livre e consciente, abandonou o serviço para o qual fora devidamente escalado (...)."*.

O Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM, por Decisão proferida em 6/12/2013 (fls. 55/57), rejeitou a Denúncia por falta de justa causa, estando assim fundamentada:

"(...) A conduta do Réu não extrapolou os limites exigidos para o crime em questão, revestindo-se de menor gravidade, por não ter vulnerado de modo considerável o bem jurídico tutelado.

Vê-se, pois, que é a gravidade da ofensa aos pilares da Hierarquia e Disciplina que irá distinguir se houve ofensa às Normas Administrativas ou, se ultrapassado este limite, se infringiu o Código Penal Militar.

O Direito Penal Contemporâneo, na análise da figura típica, leva em conta a tipicidade material, ou seja, o grau de lesão ao bem jurídico tutelado, cuja valoração é aferida pelo critério quantitativo-qualitativo da ofensa ao objeto protegido. A atitude do Réu, pela vulneração pífia ao serviço militar, decorrente do pouco tempo de afastamento, não ingressou no campo da infração penal.

A conduta do Indiciado, dessarte, não adentrou a seara da infração penal, por não ter atingido, de modo considerável, o bem jurídico tutelado – o serviço militar e o dever militar. Não consta dos autos qualquer notícia de que a ausência do Indiciado gerou perigo à OM; daí porque a hipótese tem melhor e mais justa adequação na figura da transgressão disciplinar (...)".

Irresignado, o *Parquet* das Armas, em 19/12/2013, interpôs Recurso em Sentido Estrito (fl. 59), argumentando em razões de fls. 61/63, em síntese, que o Denunciado abandonou o serviço de Cabo-de-Dia, mesmo diante das advertências de duas sentinelas, informando, ele próprio, que esteve num pagode para comprar bebidas alcoólicas; que o Sgt Roger, que substituiu o Denunciado, só ficou sabendo da ausência por volta das 4h30min; que, com a ausência do Denunciado, houve uma diminuição quantitativa de militares do efetivo de serviço do BINFAE; que o abandono de posto é um crime instantâneo com consumação imediata; que a OM ficou desguarnecida por tempo considerável, resultando em potencial risco e efetivo prejuízo à Administração Militar, tendo sido configurado crime militar e não transgressão disciplinar. Ao final, requereu a reforma da Decisão, a fim de que a ação penal siga seu regular curso.

Em Contrarrazões (fls. 75/79), alegou a Defesa, em síntese: que, de acordo com o depoimento do Sgt Roger, a conduta do Acusado não lesionou e nem causou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado; que foi verificada a atipicidade material no caso em tela; que a instauração de processo criminal seria uma afronta aos Princípios da Digni-

dade Humana e da Intervenção Mínima do Direito Penal. Ao final, requereu a manutenção da Decisão recorrida e, alternativamente, a declaração de nulidade da Denúncia, uma vez que arrimada em prova indiciária ilícita e não ter sido garantido ao Indiciado o direito constitucional ao silêncio, na forma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Nesta Instância Superior, o Feito foi distribuído ao Exmo. Sr. Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres (fl. 87).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls. 90/95, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, pronunciou-se, preliminarmente, pela restituição dos autos para o fim de ser proferida a Decisão prevista no art. 520 do CPPM, protestando por nova vista dos autos para se manifestar quanto ao mérito.

Pelo Despacho de 19/3/2014 (fl. 98), foi determinada a baixa dos autos à origem, para que fosse emitido pelo Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 1ª CJM o juízo de que trata o art. 520 do CPPM.

Em cumprimento ao citado Despacho, a Juíza-Auditora Substituta da 1ª Auditoria da 1ª CJM manteve a Decisão recorrida (fl. 103).

Conforme Certidão de fl. 109, o presente Feito foi a mim redistribuído.

O ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, em parecer de mérito (fls. 113/117), pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do Recurso em Sentido Estrito.

A SEJUD certificou, à fl. 120, que o Defensor Dativo foi intimado de que o presente processo fora colocado em mesa para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público Militar, contra a Decisão do Juiz-Auditor da 1ª Auditora da 1ª CJM, de 6/12/2013, que rejeitou a Denúncia oferecida contra o Cb Aer FELIPE SANT'ANNA FERNANDES, como incurso no art. 195 do CPM.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DENÚNCIA

Nas suas Contrarrazões, em pedido alternativo, a Defesa arguiu a nulidade da Denúncia, alegando que tal peça estaria arrimada em prova indiciária ilícita, porque não teria sido garantido ao Indiciado o direito constitucional ao silêncio, na forma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Da análise dos presentes autos, verifica-se que o Denunciado foi inquirido na fase de Inquérito como Indiciado. Observa-se, contudo, que não consta do Termo de Inquirição referência expressa de que tenha sido cientificado do seu direito de permanecer calado.

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal, trata da inadmissibilidade de prova ilícita. Já o inciso LXIII, do mesmo artigo, determina que ao preso devem ser informados os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.

No presente caso, não foi lavrado APF e o Denunciado foi ouvido na condição de Indiciado, porém, em liberdade.

É bem verdade que se tem firmado o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que, mesmo ao Indiciado solto, deve ser informado o direito ao silêncio antes do início de seu interrogatório na fase de Inquérito. Porém, a ausência de registro no Termo de Inquirição de Indiciado da cientificação do depoente de seu direito de permanecer calado constitui mera irregularidade, que não tem o condão de eivar de vício insanável a Denúncia.

Tal alegação de que eventual prova obtida ilicitamente tenha influído no desfecho da causa para o oferecimento da Denúncia somente pode servir de argumento para eventual nulificação do processo ou do ato respectivo se, uma vez cotejada com as demais provas dos autos, ficar nítido que a única prova embasadora do Feito contra o Agente fora aquela tida como ilícita.

Ressalte-se que também serviram de suporte para a Exordial Acusatória outros elementos, tais como o depoimento de 6 (seis) testemunhas e a Escala de Serviço, com base nos quais, mesmo que fosse desconsiderado o Interrogatório do Indiciado, seria admissível a propositura da Ação Penal.

Ademais, não se pode olvidar que o Inquérito Policial é mera peça administrativa e informativa, a qual não está sujeita ao crivo do contra-

ditório e da ampla defesa, sendo até mesmo prescindível para o início da persecução penal.

Nesse mesmo diapasão, citam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> *"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM* HABEAS CORPUS. *CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E VÍCIOS NA SINDICÂNCIA E INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. 1. Não é inepta a denúncia que descreve a conduta e expõe com clareza o fato criminoso, preenchendo os requisitos da legislação processual penal. 2. Trancamento de ação penal, em* habeas corpus*, é medida excepcional, aplicável apenas quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. 3. Por constituírem peças meramente informativas, eventuais vícios na sindicância ou no inquérito policial não contaminam a ação penal, que tem instrução probatória própria. 4. Recurso ao qual se nega provimento."* (STF – Segunda Turma. Recurso Ordinário em HC nº 117299/CE. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 4/2/2014).
>
> *"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal pacífica no sentido de que o Inquérito Policial é peça meramente informativa e dispensável e, com efeito, não é viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, porquanto as nulidades processuais dizem respeito, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante a ação penal. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento. Negado provimento ao Agravo, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime."* (STF – Segunda Turma. AG. REG. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 654192/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 22/11/2011).

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da Denúncia por falta de amparo legal.

MÉRITO

Superada a preliminar, passo ao exame do mérito.

De acordo com o art. 30 do CPPM, a Denúncia deve ser apresentada sempre que houver prova de fato que, em tese, constitua crime e indícios de autoria, sendo certo que, no presente caso, esses dois requisitos foram atendidos.

O fato concreto é que o Denunciado, um graduado, segundo apurado, teria abandonado o serviço de Cabo-de-Dia, para o qual estava escalado, mesmo sendo alertado por duas sentinelas.

Os fatos narrados na Denúncia constam do IPM e foram confirmados não só pelo próprio Denunciado, mas, também, por 6 (seis) testemunhas, sendo suficientes para ensejar a propositura da Ação Penal.

A Decisão hostilizada está fundamentada, essencialmente, em dois argumentos. O primeiro reside na afirmação de que "*a conduta do Indiciado não adentrou a seara da infração penal, por não ter atingido, de modo considerável, o bem jurídico tutelado – o serviço e o dever militar.*" No segundo argumento, sustenta o magistrado "*que não consta dos autos qualquer notícia de que a ausência do Indiciado gerou perigo à OM*", concluindo que a conduta mais se ajusta à figura da transgressão disciplinar.

Quanto ao primeiro argumento, não pode ser aceito, senão vejamos.

O crime em tela está assim tipificado no art. 195 da Lei Substantiva Castrense, *in verbis*:

> *"Art. 195 Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo".*

Já o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDARE), Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975**,** preconiza o que se segue:

> *"Art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.*

> *Art. 9º No concurso de crime militar e transgressão disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime.".*

Dessa forma, o próprio RDARE já estabelece que, quando há concorrência entre o preceito disciplinar militar e o preceito penal militar, este último deve prevalecer.

Não é correto, portanto, afirmar que é poder discricionário do Juiz aplicar um ou outro, pois o fato descrito como crime absorve a transgressão disciplinar, devendo ser aquele processado e julgado, na forma da lei, salvo nos casos onde há expressa previsão legal.

De igual sorte, não há como concordar com o argumento defensivo de que o crime não teria ocorrido, uma vez que a conduta do Agente não lesionou e nem causou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado.

A doutrina classifica o abandono de posto como crime de mera conduta e instantâneo, ou seja, que não depende de qualquer resultado danoso, consumando-se no momento em que o Agente se afasta de seu posto ou abandona o serviço. Dessa forma, não é necessária a comprovação de que a OM estava em efetivo perigo com a conduta do Denunciado.

Por derradeiro, não procede a alegação defensiva de nulidade da Denúncia, porquanto estaria arrimada em prova indiciária ilícita. Quanto a esse aspecto, transcrevo trecho do bem lançado Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, o qual adoto como razão adicional ao presente voto:

> *"(...) Por fim, incabível o questionamento de nulidade do inquérito por não ter sido o Denunciado alertado a respeito de manter o silêncio, direito constitucional do preso, uma vez que não houve prisão em flagrante. Ademais, eventual nulidade do inquérito, dessa natureza, não se comunica à ação penal. Seu depoimento no IPM pode ser até mesmo desentranhado dos autos que provas indiciárias robustas florescem independente dele. Aliás, seu depoimento não é confissão, apenas uma peça duvidosa de defesa prévia, na qual procura justificar o delito (...)"* (fl. 117).

Conclui-se, inequivocadamente, que a Decisão *a quo* encerra uma prematura análise do mérito. Contudo, fato é que restaram demons-

tradas, em tese, autoria e materialidade de conduta tipificada no CPM, cabendo, apenas, discutir eventuais excludentes de culpabilidade no decorrer do devido processo legal, sob o crivo do contraditório.

É sabido que na fase preliminar de recebimento da denúncia prevalece o princípio *in dubio pro societate*. Ademais, a acusação está amparada em elementos indiciários, com a indicação de um mínimo de prova que a viabilize. Não se evidencia qualquer das hipóteses elencadas no art. 78 do CPPM.

Assim é que, estando a Denúncia revestida das formalidades legais, com apoio em elementos informativos que a instruíram, sendo certo que a instrução criminal ensejará melhor apreciação dos elementos configuradores do delito, há que receber a Denúncia para que seja deflagrada a competente ação penal.

Por todo o exposto, dou provimento ao Recurso ministerial, para desconstituir a decisão de fls. 55/57 e receber a Denúncia oferecida contra o Cb Aer FELIPE SANT'ANNA FERNANDES, como incurso no art. 195 do CPM, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do Feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em rejeitar, por falta de amparo legal, a preliminar arguida pela Defesa, de nulidade da Denúncia, e, no mérito, dar provimento ao Recurso ministerial, para desconstituir a Decisão de fls. 55/57, e receber a Denúncia, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito.

Brasília, 1º de agosto de 2014 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

Índice de Assunto

A

Ação Penal, 111, 393-455
Trancamento, 18, 146, 161, 258, 485

Administração Militar,
Crime, 309-361
Patrimônio, 87, 137, 167, 173, 176, 321, 333, 338, 345, 347, 350

Adulteração de Documentos, 309-361

Aeronáutica,
Capitão-Aviador, 189-305
Roubo de viatura, 468-479

Apelação,
Nº 92-66.2012.7.03.0103-RS, 83-145
Nº 157-94.2012.7.01.0401-RJ, 146-146
Nº 183-56.2011.7.11.2011-DF, 167-185

Apropriação Indébita, 128, 467-479

C

Civil ver **Pessoal Civil**

Código,
Brasileiro de Aeronáutica, 77
Penal, 60, 65
Penal Militar, 15-17, 39-40, 53, 75
Processo Penal Militar, 75

Concurso Público,
Juiz-Auditor Substituto, 365-372
Mandado de Segurança, 365-372

Condenação em Primeira Instância, 136-137

Conselho de Justiça, 13
Competência, 32-33, 36-37
História, 23
Julgamento, 27

Conselho de Justificação,
Constituição do, 189-305
Nº 4-98.2010.7.00.0000-DF, 189-305

Constituição Federal, 16, 19, 23, 26, 36
Forças Armadas, 55, 75
Princípio da Supremacia, 41-42

Constrangimento Ilegal, 146-147, 161-162, 258

Crime contra o Erário, 87, 133, 309-310, 319-320, 332, 347, 350

Crime de Deserção ver **Deserção**

Crime de Furto Qualificado ver **Furto Qualificado**

Crime de Mera Conduta, 479-488

Crime Militar, 13-17, 25-26, 34-35, 40, 45, 69, 430, 449, 456-467

Crime Militar Praticado por Civil ver **Pessoal Civil**

D

Defesa Técnica,
Ausência, 190-305

Demissão,
Justa Causa, 393-455
Supremo Tribunal Federal, 162-163

Deserção, 146-166

Direito Militar, 58
Estados Unidos, 21-22

Dolo,
Ausência, 393-454

E

Embargos,
Nº 2-73.2003.7.03.0103-RS, 309-361

Erro Material, 323, 365-372

Estatuto dos Militares, 146-164, 194, 211-214, 227-229, 235, 278-279, 290-295

Estelionato, 18, 309-361

F

Forças Armadas, 16-17, 21-23, 51-52, 55, 74-78
Competência, 62
Missão, 75-76
Patrimônio, 440
Prisão, 53
Tribunais militares, 21

Furto de Patrimônio, 167-185

Furto Qualificado, 129, 136-137, 138

H

Habeas Corpus, 29, 39, 55, 66-67, 69-70, 130, 146-147, 157, 161-166, 258-259, 485

I

Inobservância de Lei, 467-479

J

Juiz
-Auditor, 20, 24-25, 27, 31, 37-52
-Auditor Substituto,
Concurso Público, 365-372
Militar, 26-27, 30-38, 45-46, 51
Natural, 17-18, 28-33, 37-38, 42, 45, 47, 52, 450, 461-462

Justa Causa ver **Demissão**

Justiça Militar da União, 13-52
Competência, 13, 16-17, 35, 44
Estrutura, 24
Estados Unidos, 21
Julgamento, 13-14
Civis, 13, 38
Incompetência, 13-52
Militar, 30

Julgamento,
Justiça Militar da União, 13-14
Superior Tribunal Militar, 161
Tribunal Regional Federal 1ª Região, 163

L

Lei 5.836/72,
Compatibilidade da, 189-305

Lei 6.880/80 ver **Estatuto dos Militares**

Lei 9.614/98 ver **Lei do Abate**

Lei da Organização Judiciária Militar, 30, 47

Lei de Execução Penal, 55
Inaplicabilidade, 60

Lei do Abate, 77

Legislação Derrogada, 146-166

Lex Fundamentalis, 57

Liberdade Provisória, 70, 151, 160

M

Mandado de Segurança, 238-240, 295-296
Concurso Público, 365-372
Nº 164-84.2014.7.00.0000-DF, 365-372

Maus-Tratos ver **Morte**

Militar,
Conduta, 189-305
Crime, 13-14, 25, 37, 52
Direitos e garantias, 61
Infrator, 56
Julgamento, 26
Reinclusão, 146

Ministério Público Militar, 146, 156-166
Recurso em Sentido Estrito, 393-455, 456-466, 467-479
Recurso por Intempestividade Arguida, 375-392

Morte,
Maus-Tratos, 393-455

N

Normas Legais,
Inobservância, 148, 190-305

P

Parquet ver **Ministério Público Militar**

Peculato, 83-145, 375-392
Apelação Nº 92-66.2012.7.03.0103-RS, 83-145
Recurso em Sentido Estrito, 375-392

Pena,
Agravante, 309-361
Progressão, 53-57
Reclusão, 131-135, 138-139

Pena Militar,
Progressão, 58-61
Individualização, 67

Penalidade de Reforma, 190

Pessoal Civil,
Crime Militar, 28, 33, 167-185, 456-466

Prescrição Retroativa, 241

Princípio da Proporcionalidade, 62-66, 136-137

Procedimento de Justificação, 190-305

Procuradoria-Geral da Justiça Militar, 112

Poder Judiciário,
Concurso Público, 365-372

Prova Indiciária, 130, 428, 483-484, 487

R

Recurso Defensivo, 83-145
Apelação Nº 92-66.2012.7.03.0103-RS, 83-145

Recurso em Sentido Estrito,
Ministério Público Militar, 393-455, 456-466, 467-479, 480-488
N° 12-85.2014.7.01.0201-RJ, 375-392
Nº 18-45.2012.7.01.0401-RJ, 393-455
Nº 51-17.2014.7.07.0007-PE, 456-466
Nº 186-65.2012.7.01.0201-RJ, 467-479
Nº 240-06.2013.7.01.0101-RJ, 480-488

S

Sequestro de Bem Imóvel, 375-392

Superior Tribunal Militar, 27, 51, 55
Acórdão, 309-361
Comissão de Direito Militar, 39
Competência, 456-466
Estrutura, 23
Julgamento, 161

Supremo Tribunal Federal, 16, 49-50
Habeas Corpus, 70

T

Transgressão Disciplinar, 467-479

Tribunal Regional Federal 1ª Região,
Julgamento, 163

Impressão e acabamento:
Gráfica do STM

Formato: 15 x 21 cm
Papel do miolo: Sulfite 75g/m²
Papel da capa: Couchê Supremo 250 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT, 10
Número de páginas: 497
Acabamento: Lombada