ISSN 0104-0952

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 26
Número 2
Janeiro/2017 a Junho/2017

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 26
Número 2
Jan./2017 a Jun./2017

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

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
Comissão de Jurisprudência

Supervisão editorial
Antonio Simão Neto
Eduardo Monteiro Pereira

Capa
Antonio Simão Neto
Eduardo Monteiro Pereira

Diagramação
Antonio Simão Neto
Ronald Neves Ribeiro

Revisão
Elson André Hermes
Manuela Maria Castro de Melo

Ficha catalográfica e Índice remissivo
Nathália Gomes Costa Melo (CRB1 – 2560)

Ficha catalográfica

Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 26, n. 2 (jan./jun. 2017). – Brasília : Superior Tribunal Militar, 2017-.
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) 3313-9183/3313-9316/3313-9311
E-mail: didoc@stm.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2017

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

(*Presidente* – até 15/3/2017)

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

(*Presidente* – a partir de 16/3/2017)

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

(*Vice-Presidente* – até 15/3/2017)

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

(*Vice-Presidente* – a partir de 16/3/2017)

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

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 Dr. José Barroso Filho

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias

Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Expediente Administrativo nº 5/16, de 3/2/2016

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

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

Ministro Dr. José Barroso Filho *(Membro)*

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi *(Suplente)*

Secretário da Comissão

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

Secretária-Adjunta da Comissão

Vivian Alves Evangelista

Galeria dos Ministros Aposentados - 1981 a 2010 (Posse)

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

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

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

Dr. José Luiz Barbosa Ramalho Clerot
Data da Posse: 15/12/1986
Data de Afastamento: 5/10/1988

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

DOUTRINA

AMAZÔNIA: UMA ANÁLISE SOBRE A SOBERANIA E A DEFESA ESTRATÉGICA DO ESTADO BRASILEIRO 17
Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Gen Div Romeu Costa Ribeiro Bastos

O CRIME DE DESACATO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UM OLHAR SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICO-CASTRENSE E AS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE 42
Alte Esq Carlos Augusto de Sousa
Dr. Ênio de Carvalho Fragoso

TRADUZINDO HIERARQUIA E DISCIPLINA 71
Gen Ex Marco Antônio de Farias

DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES 77
Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Cap Ex Cirelene Maria S. Rondon de Assis

EXECUÇÃO DA PENA NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO: ESPECIFICIDADES DA PRIVATIVA DE LIBERDADE 97
Dr. Fernando Pessôa da Silveira Mello

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL

93-77.2017.7.00.0000-RJ 121
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

APELAÇÃO

6-86.2016.7.02.0102-SP 157
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

13-82.2015.7.03.0103-RS 171
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

27-56.2014.7.08.0008-PA 205
Revisor e Relator para o Acórdão – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

31-57.2015.7.01.0201-RJ 236
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

44-47.2015.7.01.0301-RJ 244
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira

44-66.2013.7.10.0010-CE 250
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

95-43.2014.7.10.0010-CE 287
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

124-82.2014.7.03.0303-RS.....299
Relator – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

145-91.2016.7.07.0007-PE.....335
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

191-10.2014.7.01.0301-RJ 343
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

HABEAS CORPUS

39-14.2017.7.00.0000-RJ 355
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

MANDADO DE SEGURANÇA

53-95.2017.7.00.0000-DF 385
Relator – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3-49.2017.7.03.0303-RS.....407
Relator – Gen Ex Marco Antônio de Farias

93-03.2016.7.03.0203-RS.....445
Relator – Dr. José Barroso Filho

ÍNDICE DE ASSUNTO.....455

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR.....461

Apresentação

Com grande satisfação para a Comissão de Jurisprudência, alcançamos hoje a edição do volume 26, nº 2, da nossa Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar, apresentando acórdãos relativos ao período de janeiro a junho de 2017.

Coerente também com a meta objetivo desta publicação, difusão da doutrina e jurisprudência, estamos introduzindo, nesta edição, uma nova Seção que denominamos "BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR", com a finalidade de divulgar lançamentos literários voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional do Conflito Armado (DICA).

Desde já, concitamos nossos leitores a colaborarem para o sucesso da Seção, encaminhando sugestões de novos livros publicados.

Com muito prazer, destacamos a publicação de artigos que foram colaborações dos Ministros do Superior Tribunal Militar e Magistrados da Justiça Militar da União, em alguns casos, em parceria com estudiosos do direito militar:

a) "Amazônia: uma análise sobre a soberania e a defesa estratégica do Estado brasileiro" (Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA e General de Divisão ROMEU COSTA RIBEIRO BASTOS);

b) "O crime de desacato na ordem constitucional brasileira: um olhar sobre a relação jurídico-castrense e as perspectivas do controle de convencionalidade" (Ministro CARLOS AUGUSTO DE SOUSA e Analista Judiciário ÊNIO DE CARVALHO FRAGOSO);

c) "Traduzindo Hierarquia e Disciplina" (Ministro MARCO ANTÔNIO DE FARIAS);

d) "Direito das Operações Militares" (Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ e Capitão QCO do Exército Brasileiro CIRELENE MARIA S. RONDON DE ASSIS); e

e) "Execução da Pena na Justiça Militar da União: especificidades da privativa de liberdade" (Juiz-Auditor FERNANDO PESSÔA DA SILVEIRA MELLO).

Novamente, a Comissão de Jurisprudência informa e concita o leitor a acessar outros julgados do STM, que estão disponíveis no endereço eletrônico

www.stm.jus.br. Nesse ensejo, aproveita e noticia que os exemplares das publicações de 1992 a 2017 já estão disponíveis no sítio do Tribunal, acessando, em "Serviços", o item "Revista Jurisprudência" e, em seguida, a aba "Edições".

Por derradeiro, destacamos mais uma vez que o êxito alcançado foi 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.

Comissão de Jurisprudência

DOUTRINA

AMAZÔNIA: UMA ANÁLISE SOBRE A SOBERANIA E A DEFESA ESTRATÉGICA DO ESTADO BRASILEIRO

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Ministra do Superior Tribunal Militar

ROMEU COSTA RIBEIRO BASTOS
General de Divisão

Se demonstras força, todos querem ser teus aliados. Ao contrário, se mostras fraqueza, ninguém te dará importância. E, se tendo riquezas, não demonstras força, atrairás sobre tua cabeça todas as ambições do mundo.
(Ciro, Rei da Pérsia)

O término da Guerra Fria determinou o surgimento de uma nova ordem internacional caracterizada pelo surgimento da unipolaridade e da globalização.

Diante desta conjuntura, emergiu um quadro de segurança internacional marcado por conflitos, na sua maioria, eminentemente étnicos e religiosos, que têm afetado, profundamente, as relações entre os Estados. Somem-se aos litígios as ameaças provindas de inimigos sem rosto, como os terroristas, e os riscos ambientais a causarem danos incalculáveis à humanidade. Tais fatores, tanto de ordem endógena quanto exógena, ocasionaram preocupações dantes inexistentes em relação às soberanias estatais, preocupações que se estendem aos países periféricos. Efetivamente, no momento em que as atenções mundiais se voltam para o Brasil em razão do desmatamento e da ocupação da Amazônia e, no âmbito interno, debate-se a extensão da demarcação de terras indígenas em faixas de fronteira, a discussão sobre a soberania nacional na região ganha vulto e cresce de importância.

Fundamental, contudo, antes de se abordar a questão Amazônica, estabelecer os conceitos doutrinários acerca do tema, paradigma teórico e atributo essencial ao exercício da *potestas* estatal. A concepção clássica de soberania define-a como a suprema autoridade política e legal dentro de um dado território, por meio do qual se explica e legitima o exercício do poder ordenador da sociedade politicamente organizada[1].

---

[1] Na lição de Heber Arbuet-Vignali: "La teoría jurídica de la soberanía considerada en el marco del derecho positivo vigente de cualquier sociedad organizada en Estado pone ante nosotros un atributo jurídico, laico, de base popular y científicamente comprobable, legitimante, dentro de las fronteras de un Estado, del ejercicio de un poder de mando ordenador, único, supremo, que no se divide ni se menoscaba, que no se cede ni prescribe, pero que puede dejar de existir

À evidência, a definição tem sido acutilada por fatores diversos, tais como: as forças centrífugas e centrípetas advindas da globalização e do surgimento dos blocos comunitários; as crescentes demandas de instituições ligadas aos direitos humanos; o terrorismo e o narcotráfico transnacional; os problemas ligados ao meio ambiente, dentre outros exemplos que impõem a necessidade de se repensar um conceito contemporâneo de soberania mais alargado.

A doutrina sobre o tema retroage a Aristóteles, que teceu a designação *summum imperium* para qualificar o poder dirigente, tendo sido o primeiro a declarar que "a majestade e forma da República" residem em sua "autoridade civil soberana" ou em seu "comando soberano". Inexiste, porém, uma definição destes conceitos na obra aristotélica. Posteriormente, Grotius, Bodin e Hobbes formulariam a ideia da autodeterminação da atuação estatal.

Hugo Grotius, pioneiro na formulação das relações entre o homem e o direito natural, definiria o Estado soberano como aquele cujos atos são independentes de qualquer outro poder superior e não podem ser anulados por nenhuma outra vontade humana, devendo, porém, ser limitado pelo direito natural[2].

Seria Jean Bodin, pensador do século XVI, o responsável pela formulação do conceito de soberania de inspiração liberal. Segundo ele, estar-se-ia diante de um poder absoluto e perpétuo de uma República, posicionado em um plano superior.[3] Para Bodin o conceito "integra as características do poder absoluto com uma unidade que se sobrepõe à complexa rede de suseranias e de homenagens, de laços hierárquicos pessoais, ao parcelamento da autoridade, à confusão entre poderes públicos e privados existentes no feudalismo"[4].

---

como consecuencia de los hechos cuando se desestructura el Estado, o jurídicamente si los ordenados así lo determinan." In: *Los Precursores de la Idea de Soberanía. Nicolás Maquiavelo y Jean Bodin*. Montevideo-Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2004, 1. ed. p. 8-9.

[2] Na visão de Grotius o direito natural "consiste em certos princípios de reta razão que nos permite saber se uma ação é moralmente honesta ou desonesta consoante a sua conformidade ou desconformidade com uma natureza racional ou sociável." DIHN, Nguyen Quock; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 57.
Luigi FERRAJOLI, renomado jurista italiano, atribui a Francisco de Vitória (1492-1546), teólogo renascentista dominicano espanhol, e não a Bodin e Grotius, a primazia de ter sido o primeiro teórico a conceber a ordem mundial como uma sociedade de Estados soberanos, com capacidade de autodeterminação, porém subordinados ao direito internacional. In: *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 6-7.

[3] In: *The Six Books of a Commonweal: A Facsimile Reprint of the English Translation of 1606, Corrected and Supplemented in the Light of a New Comparison with the French and Latin Texts*, Livro I, Capítulo VIII. Cambridge: Harvard University Press, 1962, p. 84.

[4] SANTOS, António P. Ribeiro dos. *As Metamorfoses do Estado – Rumo à Mega-Confederação Européia?* Almedina: Coimbra, 2005. p. 59.

O autor em obra intitulada **Os Seis Livros da República** foi o primeiro a conferir à soberania um tratamento sistematizado, afirmando que o Estado moderno deveria possuí-la de forma definitiva e integral, nela incluída a autoridade para fazer e aplicar as leis. Absoluta, ilimitada e perpétua, só restringida pela lei divina e pela lei natural, eis as suas características[5]. Esclareça-se que a ideia de absolutismo para Bodin é caracterizada pelo fato de esse poder, transferido pelo povo, estar totalmente concentrado na República, sujeito único e titular do poder político. Sua definição de Estado é jurídico-política, porque permite diferenciar o soberano do governo, bem como distinguir a origem da *majestas* do seu exercício material, não necessariamente presente na mesma pessoa[6].

Releva notar que a submissão do Príncipe às leis divinas e naturais obriga-o, dentre outras incumbências, a honrar a família e a propriedade privada, a obedecer os contratos e a respeitar o direito de sucessão e as leis constitutivas da *Res Pública*, pois são nelas que se funda a *potestas*[7].

Por seu turno, para Thomas Hobbes[8] os homens deveriam submeter-se às leis para viverem pacificamente. Segundo ele, a viabilidade do Estado está na renúncia pelos cidadãos dos seus poderes, com a consequente transferência para o soberano. Hobbes cria o conceito de *Pactum Unionis*, um pacto de submissão estipulado entre os indivíduos e o soberano. A potestade para ele tem características importantes. É irrevogável em decorrência do Contrato Social; é absoluta posto o ato do Príncipe restar autorizado previamente pelos súditos, e é indivisível devido ser a pessoa do soberano única.

Comparando-se as ideias de Bodin e Hobbes, verifica-se que este último propõe um poder sem impedimentos jurídicos, enquanto para Bodin o poder deve possuir virtudes, em especial, morais, para atingir seus objetivos. Nesse sentido, pode-se afirmar que a soberania em Bodin é o império da lei, e, em Hobbes, é o império da força[9].

Posteriormente, dois representantes das Escolas Alemã e Austríaca, Georg Jellinek e Hans Kelsen, sustentaram a natureza estritamente jurídica da soberania, tendo o Estado o direito de exercê-la sem qualquer limitação, desconhecendo, inclusive, o direito natural.

---

[5] PHILPOTT, Dan. Sovereignty. *The Stanford Encyclopedia oh Philosophy*. Summer 2003 edition.
[6] BODIN, Jean. *Op. cit.* p. 84.
[7] TILIO NETO, Petronio de. *Soberania e Ingerência na Amazônia Brasileira*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Políticas, USP, São Paulo, 2003. p. 23.
[8] HOBBES, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 4. ed. São Paulo: Os Pensadores, Nova Cultura, 1998. p. 105.
[9] TILIO NETO, Petrônio. *Op. cit.* p. 30.

Jellinek sustentou recair a soberania sobre o Estado, não sobre a nação. Acorde sua doutrina, está-se diante de "uma vontade que encontra em si própria um caráter exclusivo de não ser acionada senão por si mesma, uma vontade, portanto, que se autodetermina, estabelecendo, ela própria, a amplitude de sua ação. Tal vontade soberana não pode ser, jamais, comprometida por quaisquer deveres diante de outras vontades. Se tem direito, não tem obrigações. Se as tivesse, estaria subordinada a outra vontade e deixaria de ser soberana. [...] A soberania significa, assim, um poder ilimitado e ilimitável, que tenderia ao absolutismo, já que ninguém a poderia limitar, nem mesmo ela própria."[10].

No pensar de Paulo Bonavides, a definição de Estado de Jellinek como "corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando"[11] é irrepreensível.

Hans Kelsen, contudo, traria à baila a discussão de um conceito mais moderno. A propósito questionaria: "o que faz uma norma superior é o fato de ela ser a fonte na qual as demais se fundam. Assim, se o sistema jurídico é o conjunto de normas, uma norma será soberana quando ela for a fonte primordial de valor deste sistema. Mas se há vários Estados e há igualdade entre eles, poderia subsistir a idéia de soberania? Poderia a soberania pertencer a vários sujeitos?"[12].

Para responder a tais questões, Kelsen instituiu um sistema jurídico uno, onde a ordem jurídica internacional e a interna não podem ser separadas e, em caso de conflito entre as normas, as internacionais prevaleceriam[13], posto ser o direito internacional definidor da aplicação e da validade da legislação doméstica. Desse modo, o Professor de Viena prioriza o direito internacional em relação à soberania estatal[14].

Outro autor clássico que possui uma concepção polêmica sobre o tema é Carl Shmitt. Ele define a potestade com base na afirmação de que o soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Nesse contexto, defende que o direito não pode ser considerado autonomamente, deve sempre ser remetido ao Poder Político juridicamente ilimitado[15].

---

[10] PERINI, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4325>. Acesso em 3 fev. 2015.

[11] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 71. O notável constitucionalista, é enfático ao afirmar: "A soberania é una e indivisível, não se delega a soberania, a soberania é irrevogável, a soberania é perpétua, a soberania é um poder supremo." Id. p. 126.

[12] BERARDO, Telma. *Soberania, um novo conceito?* In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional,* São Paulo, n. 40, p. 32, julho/set. 2002, p. 33.

[13] PERINI, Raquel Fratantonio. *Op. cit.* p. 2.

[14] TILIO NETO, Petronio. *Op. cit.* p. 33.

[15] SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. The University of Chicago Press. 1996. pp. 25-7.

Um dos principais críticos do conceito liberal, Schmitt rejeita escolhas democráticas que possam se opor às regras internas.[16] Para ele, manter a integridade da ordem legal e sua estabilidade deve ser o objetivo primordial do Estado, sendo a soberania o princípio que a representa. Assim, essencial para se entender o Estado, conhecer o poder soberano. Carl Schmitt elaborou suas formulações teóricas na conturbada República de Weimar. Influenciado pelos acontecimentos que geraram a Primeira Guerra Mundial, observou que, em todos os Estados, democráticos ou não, envolvidos no conflito, prevaleceu o estado de exceção. Daí ele definir que não existe lei no caos, que a lei não faz restrições aos poderes do soberano e que o "soberano é aquele que decide na exceção"[17].

Khalid Salomão afirma que para o autor "a natureza da soberania reside não no poder coativo, mas sim no monopólio do poder de decisão. Quem decide em última instância sobre a existência da exceção, sobre como proteger o Estado e sobre quando a ordem e a estabilidade devem ser restauradas é o portador do verdadeiro poder soberano"[18].

A dúvida que emerge, contudo, na contemporaneidade, a propósito das discussões, centra-se na validade das definições pretéritas e quais seriam as perspectivas de mudança.

Certo é que o período que se seguiu ao término da Guerra Fria foi marcado por alterações fundamentais no âmbito das relações internacionais, acarretando uma compreensão multilateral do Estado dissociada da clássica visão liberal. A ideia de soberania, intrinsecamente vinculada ao conceito de independência e autodeterminação, passou a sofrer mutações, quer em decorrência do processo de globalização que gerou uma maior interdependência entre a Comunidade das Nações, quer em decorrência da maior preservação e acatamento dos direitos humanos, que impuseram uma nova sistemática no interior da sociedade mundial, obrigando os países a aceitarem "normas compartilhadas e reconhecidas mutuamente"[19].

---

[16] BENOIST, Alain de. *Qu'est-ce que la Souveraineté? In*: *Éléments*, No. 96 November 1999, pp. 24-35.

[17] SHMITT, Carl. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Tradução de George Schwab, Cambridge, MA, e Londres: The MIT Press, 1985. p. 5.

[18] SALOMÃO, Khalid Fernandes Braga. *Reflexões sobre a Soberania: Uma Trajetória do Pensamento Clássico às Questões*. Dissertação de Mestrado em Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

[19] TILIO NETO, Petrônio. *Op. cit*. p. 42.

Doutrinadores atuais compartilham tal entendimento, a exemplo de Gomes Canotilho, para quem "a soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional"[20].

Para Jorge Miranda, a soberania interna "surge como um feixe de faculdades ou direitos que o Estado exerce relativamente a todos os indivíduos e a todas as pessoas colectivas de direito público e privado existentes dentro do seu ordenamento jurídico. A regulamentação dessas pessoas, a atribuição da personalidade e da capacidade de direitos, a imposição de deveres e de sujeições, eis então algumas das manifestações do poder político"[21]. Quanto à soberania externa, o eminente jurista lusitano assim se posiciona: "Soberania aqui equivale ou à própria subjectividade ou personalidade de Direito Internacional do Estado ou à capacidade plena de gozo e de exercício dos direitos conferidos pelas normas internacionais. Um Estado diz-se soberano quando pode manter relações jurídico-internacionais ou, em sentido mais restrito, quando tem a totalidade daqueles direitos e, assim, participa em igualdade com os demais Estados na comunidade internacional."[22].

Por seu turno, Miguel Reale limita a soberania à Ética, ao defini-la como "o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões, nos limites dos fins éticos de conveniência."[23].

Igualmente, Francisco Rezek restringe-lhe o alcance ao afirmar: "Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores."[24].

José Alfredo de Oliveira Baracho aborda a soberania como uma característica que acompanha e caracteriza o Estado[25].

Dentre autores outros a analisá-la destacam-se Nicholas Onuf, Robert Jackson e James Rosenau.

Nicholas Onuf, um dos principais acadêmicos construtivistas no campo das Relações Internacionais, intervém a favor da inexistência de precedência

---

[20] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 83.

[21] MIRANDA, Jorge. *Povo, Democracia, Participação Política*. Disponível em: <http://multimidia.opovo.com.br/revista/jorge-miranda.pdf>. p. 3. Acesso em 3 maio 2008.

[22] Id. p. 3.

[23] REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1960. p. 127.

[24] REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224.

[25] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, UFMG, n. 63/64. Jul. 1986 e jan. 1987. p. 14.

entre o indivíduo e a sociedade que coexistem no mesmo espaço político. Desse modo, defende que a soberania somente é viável se o bem comum prevalecer, se o governo for detentor de valores éticos e depositar confiança em seu povo, bem como se houver um completo domínio do Poder Político sobre o território; em suma, só o Estado legítimo é capaz de garantir a existência de uma nação soberana[26].

Por sua vez, Robert Jackson defende que a *majestas* estatal tem o dever de coexistir com outras dentro da comunidade internacional em um exercício coletivo da potestade. Nesse diapasão, "exercer de modo coletivo a soberania significa participar de um esquema de cooperação mútua em que, por interesse próprio, alguns Estados permitem que outros Estados intervenham em certas esferas de atividades em que, tradicionalmente, a própria soberania do Estado se manifesta, tal como, por exemplo, a esfera da política econômica."[27].

Alfim, Rosenau, que não contrapõe soberania à intervenção. Seu discurso propugna a ideia de um *continuum* no qual convivem o espaço de soberania e os espaços da não soberania, verificando-se um movimento irreversível do primeiro em direção ao segundo. Num extremo restaria vedada qualquer tentativa de intervenção em razão da proteção das leis internacionais, no outro a possibilidade dessa intervenção seria viável. Isso caracterizaria o aparecimento de uma nova ordem internacional marcada por uma disputa intensa e duradoura entre a potestade e a intervenção[28].

Fato é que ainda não se pode descartar o conceito tradicional de soberania, mormente porque ele não depende somente da conduta externa dos Estados, mas de questões internas levantadas pelos cidadãos. A propósito, Lyons e Mastanduno enfatizam que "a legitimidade da comunidade internacional continuará sendo questionada enquanto houver diferenças entre os interesses que ela deva representar – sendo mais marcantes, atualmente, as diferenças entre Norte e Sul do globo."[29].

Sem embargo das novas visões dogmáticas, o cerne da problemática continua sendo o confronto entre poder interno e ingerência externa. Esse é o grande dilema a ser enfrentado ao discutir-se a situação atual da Amazônia brasileira, tanto no contexto mundial quanto sul-americano.

---

[26] ONUF, Nicholas G. *The Republican Legacy in International Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 159.

[27] JACKSON, Robert H. *Sovereignty: Evolution of an Idea.* Cambridge, U.K.: Polity Press, 2007, p. 32.

[28] TILIO NETO, Petrônio. *Op. cit.* p. 46-47.

[29] ROSENAU, James N. Sovereignty in a turbulent world. In: *Beyond Westphalia? State and International Intervention.* LYONS, Gene M. MASTANDUMO, Michael. The John Hopkins University Press. Baltimore, 1995. p. 196.

A AMAZÔNIA BRASILEIRA E AS FORÇAS ARMADAS

A Amazônia, localizada ao norte da América do Sul, possui 6,5 milhões de quilômetros quadrados e integra os contingentes territoriais do Brasil, Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia, Equador, Suriname, Guiana e Guiana Francesa. O coração é a floresta amazônica, cuja maior parte da área, cerca de 3,5 milhões de quilômetros, se encontra localizada em solo brasileiro.

Usual equívoco que comumente ocorre é identificar a região norte, a floresta amazônica e a Amazônia Legal, como sendo idênticos espaços geográficos.

Em termos administrativos, a chamada Amazônia Legal é composta pelos seguintes estados: Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, além de parte do Mato Grosso, Tocantins e Maranhão, com uma superfície de aproximadamente 5 milhões de km^2. Em seu território encontra-se a maior bacia hidrográfica do planeta, com aproximadamente 80 mil quilômetros de rios navegáveis e um quinto da reserva de água doce mundial. Contudo, a despeito da vasta extensão territorial, é baixa a taxa populacional de ocupação, cerca de 10% do total dos habitantes do Brasil, concentrando-se 80% nas áreas urbanas, a ocasionar um vazio demográfico e a predominância da floresta em mais da metade da área. Nesse espaço encontra-se, ademais, a maior população indígena do país, cerca de 214 mil nativos[30].

Somente no início do século XX, com o auge da exploração da borracha, as fronteiras amazônicas foram efetivamente consolidadas. Esgotado o ciclo, a região voltou ao esquecimento gerando, consequentemente, um declínio demográfico. A revitalização ocorreu no período dos governos militares, com a implantação de projetos agropecuários e de infraestrutura de estradas e comunicações. Essa fase foi marcada pela assinatura do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), firmado em Brasília, em 3 de julho de 1978, pelos oito países amazônicos: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela.

Preconiza o artigo I do referido Tratado:

> Art. I - As Partes Contratantes convêm em realizar esforços e ações conjuntas a fim de promover o desenvolvimento harmônico de seus respectivos territórios amazônicos, de modo que essas ações conjuntas produzam resultados equitativos e mutuamente proveitosos, assim como para a preservação do meio ambiente e a conservação e utilização racional dos recursos naturais desses territórios.

---

[30] Segundo o Censo de 2010, realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a população indígena brasileira era de 896.917 (0,47% da população brasileira) com 305 etnias, distribuídas em 505 terras indígenas correspondendo a 12,5% do território brasileiro. Nestas terras vivem 517.383 índios (57,7% de todos os indígenas). A concentração é maior na Região Norte (38,2%), seguida do Nordeste (25,9%); Centro-Oeste (16%); Sudeste (11,1%); Sul (8,8%). Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br>. Consultado em 10 abr. 2015.

> Parágrafo único: Para tal fim, trocarão informações e concertarão acordos e entendimentos operativos, assim como os instrumentos jurídicos pertinentes que permitam o cumprimento das finalidades do presente Tratado.[31]

Trata-se de um instrumento jurídico de natureza técnica visando a promoção do desenvolvimento harmonioso e integrado da bacia, como meio de sustentação de um modelo de complementação econômica regional que contemple o melhoramento da qualidade de vida de seus habitantes e a conservação e utilização racional de seus recursos.

Cumpre recordar não se restringirem os problemas da Amazônia apenas às fronteiras externas, mas a um espaço desconhecido a ser conquistado. Sua ocupação desordenada realça litígios fundiários, conflitos étnicos, garimpos, num caos ecológico e predatório grave e preocupante para o Estado Brasileiro. Tais fatores, aliados à indiscutível cobiça dos países desenvolvidos sobre as riquezas naturais da floresta, têm colocado a região no foco das discussões internacionais avivando impasses sobre a soberania brasileira.

Ao examinar os grupos que atuam na Amazônia podem ser identificados três atores principais[32]:

- os ambientalistas;

- as empresas nacionais e transnacionais, e

- os militares.

Atuam, os ambientalistas, por intermédio das organizações não governamentais – nacionais e estrangeiras –, pela ação dos ecologistas, grupo mais radical que defende a tese da intocabilidade do ecossistema e, ainda, por meio dos chamados ambientalistas sociais[33].

No debate atual sobre a Amazônia brasileira, a atuação das ONG's gera questionamentos. Isso porque tais organizações engendram um novo tipo de relação mundial comandada por redes internacionais estruturadas, de caráter abrangente, devido às facilidades promovidas pelas novas tecnologias, em especial as ligadas à informática e às comunicações. Operando com uma rede

---

[31] O TCA entrou em vigor em 2/8/1980, após a aprovação legislativa pelo Decreto 69, de 18 de outubro de 1978, que foi registrado nas Nações Unidas, em 30 de outubro de 1980.

[32] *Vide:* FURNIEL, Ana Cristina da Matta. *Amazônia – A Ocupação de um Espaço: Internacionalização x Soberania Nacional (1960-1990)*, dissertação de mestrado apresentada no Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/militares-amazonia/txt_Ana_Furniel.pdf>. Acesso em 3 jun. 2015.

[33] A denominação é de FURNIEL, Ana Cristina da Matta. *Op. cit*, p. 15.

capilar extensa, capaz de atingir locais nos quais o Poder Público dificilmente alcança, elas se sobrepõem à própria atuação nacional.

Seu crescimento no final do século XX, apoiado por extraordinários recursos financeiros, forjou um grupo de pressão muito forte junto aos governos dos países emergentes. Críticas enfáticas são-lhes dirigidas, dentre as quais se destacam a ausência de controle estatal no tocante às suas ações, bem como sua subordinação apenas ao Conselho de Administração do órgão, fatos que possibilitariam um desvirtuamento dos objetivos sem um consequente ato sancionatório[34].

A preocupação com a atuação das organizações não governamentais na Amazônia elevou-se de tal maneira que, no ano de 2001, foi instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito, no Senado Federal, com a finalidade de apurar suas injunções nas questões indígena, ambiental e de segurança nacional. Após quase dois anos de trabalhos, em 12 de dezembro de 2002, foi apresentado pela relatora, Senadora Marluce Pinto, o relatório final, com as conclusões e os encaminhamentos da CPI. Nele, o principal e alarmante destaque versou sobre a ausência de fiscalização do Brasil no terceiro setor.

Leia-se:

> A verdade é que o Poder Público não está controlando as ONGs de modo algum, não só em razão da inépcia dos controles internos, mas também porque elas se encontram configuradas como qualquer associação da sociedade civil e suas ações são imunes à ingerência estatal, estando ao resguardo de dispositivo constitucional (art. 5º, XVIII, da CF).

Mais:

> As ONGs querem maximizar, não o desenvolvimento econômico-social sustentável, mas as áreas de proteção indígenas e ambientais. Como filhas ideológicas do pós-moderno dos países ricos, que implica o enfraquecimento do Estado e das soberanias nacionais, são insensíveis ao sen-

[34] Sobre a atuação das ONGs, Neli Aparecida de Mello, em tese de doutorado, pontua:
"(...) há um imenso campo de trabalho relacionado, sobretudo, às questões de pobreza, ao meio ambiente e perda de biodiversidade, à aceitação e atendimento aos compromissos estabelecidos nas diversas negociações sobre as mudanças climáticas. As pressões feitas por ONGs, especialmente as internacionais, sobre esses temas continuam aumentando e muitas vezes são pressões vitoriosas. Também há questionamentos quanto às ações destas organizações. Como elas não são supervisionadas, nem controladas pelo Estado, e muitas delas somente prestam contas frente aos seus Conselhos de Administração e associados, não há garantia de seus objetivos filantrópicos." In: *Políticas Públicas Territoriais na Amazônia Brasileira - Conflitos entre Conservação Ambiental e Desenvolvimento - 1970-2000*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da USP e à Université de Paris X, Nanterre, 2002.

timento patriótico e trazem, mesmo, consigo, o germe das teses de internacionalização da Amazônia Brasileira[35].

A CPI apresentou, outrossim, uma série de projetos de leis que visavam normatizar procedimentos para limitar a atuação livre das ONGs na Amazônia. Lamentavelmente, nada de concreto foi realizado e outra CPI foi criada em 03 de outubro de 2007, para investigar o repasse de recursos da União às organizações não governamentais, cujos trabalhos finalizaram em 2010, apontando novas irregularidades[36].

Respeitante aos ecologistas, sustentam a tese da intocabilidade da região e defendem a integridade da maior floresta tropical do planeta, ameaçada de extinção pelo desmatamento. Efetivamente, considerando-se o ritmo acelerado da depredação ambiental, a fauna e flora nacionais poderão em breve espaço de tempo desaparecer, impedindo o país de se beneficiar das suas reservas naturais e comprometendo o desenvolvimento científico e a saúde mundial.

Concernente aos chamados ambientalistas sociais, propugnam um desenvolvimento sustentável que preserve os direitos das populações tradicionais, abarcando todos aqueles que possuam direitos primários de posse da terra, incluídos, nesse universo, os seringueiros, as populações ribeirinhas e os povos indígenas, principais protagonistas das atuais discussões sobre a Amazônia.

Outros atores de relevo que atuam na região e ameaçam a soberania pátria são as empresas nacionais e transnacionais. Tais grupos econômicos geram desconfianças pelo interesse na exploração dos recursos naturais existentes, um interesse que pode ser legítimo, mas que levanta suspeita pela defesa da política do desenvolvimento sustentável, muitas vezes sinônimo de uma exploração predatória que ignora os cuidados ambientais necessários.

Por último, a Amazônia conta com o importante protagonismo das Forças Armadas Brasileiras, cuja missão é preservar e defender sua integridade, para além de promover sua integração ao país. Noticia a História que, desde os primórdios da colonização, a defesa tem sido uma preocupação constante dos

---

[35] Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito referente ao Relatório Final da CPI: *ONGs*. Disponível em: <http://webthes.senado.gov.br/bin/gate.exe?f=recordn&state=d1j0qp.1.1>. Acesso em 1º jun. 2015.

[36] Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito referente ao Relatório Final da CPI: *ONGs*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194594>.
Atualmente, tramita no Senado Federal o PLS 288/2013, que institui a Lei de Imigração e revoga grande parte do Estatuto do Estrangeiro, sem prever qualquer autorização para que entes, órgãos ou pessoas estrangeiras atuem na Amazônia. Por seu turno, o Ministério da Justiça, em 2009, constituiu grupo de estudos para propor anteprojeto de lei com vistas a alterar o referido Estatuto. O grupo concluiu os trabalhos em agosto de 2014, todavia o anteprojeto apresentado, da mesma forma que o PLS 288/20013, não contempla restrições aos estrangeiros para atuarem na região. Este anteprojeto ainda não foi apresentado ao Congresso, mas seu conteúdo em muito se assemelha ao substitutivo do PLS 288/2013, apresentado na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Exterior do Senado.

militares cuja presença se fez sentir a partir de 1616, com a fundação do Forte do Presépio, do qual se originou a cidade de Belém do Pará. Devido às ameaças francesas e inglesas, seguiram-se instalações de novos postos militares em locais diversos como o Oiapoque, Tabatinga e Óbidos.

Não obstante, somente durante o século XX a ocupação militar efetivar-se-ia. O desenvolvimento amazônico constituir-se-ia numa das principais bandeiras do regime pós-64. A construção de novas estradas e a implantação de projetos industriais e agrovilas ilustram o interesse pela região[37].

A Política Nacional para a Amazônia Legal, aprovada em 14 de julho de 1995, previa encargos específicos para as Forças Armadas, tanto no que dizia respeito à sua missão constitucional de segurança como no concernente às ações que visassem ao desenvolvimento sustentável; nesse último caso, preconizava-se uma parceria federativa com os governos estaduais, municipais e a sociedade. As Forças Armadas, portanto, sempre se fizeram presentes, desempenhando um papel insubstituível, que se expressa, inclusive, numa atuação social de apoio e cooperação às comunidades ribeirinhas e indígenas e aos núcleos populacionais mais isolados. Para tanto, imperioso que elas disponham de efetivos e meios materiais compatíveis que a extensão territorial demanda[38].

Ressalte-se exercerem os militares destacado protagonismo na educação ambiental junto às comunidades civis, contribuindo, cada Força Singular, segundo suas peculiaridades, intensamente, com atividades relacionadas à preservação e os cuidados com o meio ambiente[39].

A propósito, Adriana Aparecida Marques observa que a ocupação das FFAA não é orientada somente pelas possíveis ameaças externas, mas pela responsabilidade atribuída aos militares de serem os avalistas e promotores da integração nacional. Acrescenta a autora que, no imaginário castrense, o sentido de sua permanência na Amazônia pressupõe a salvaguarda das fronteiras que, uma vez povoadas, tornam-se mais seguras e mais fáceis de serem defendidas[40].

Os marcos mais expressivos dessa política foram o "Projeto Calha Norte", criado, em 1985, com o objetivo de "vivificar" a fronteira norte do Brasil e aumentar sua segurança com a presença mais efetiva do Estado e das Forças

---

[37] Um dos slogans dos governos militares sobre a Amazônia era: "Integrar para não entregar".

[38] LOURENÇO, José Seixas. *Política Nacional Integrada para a Amazônia Legal*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Brasília, 1996. p. 19.

[39] PRACIANO, João Henrique Mesiano. *As Forças Armadas Brasileiras e o Meio Ambiente: Um novo diálogo com a sociedade*. Center for Hemispheric Defense Studies. Redes. Research and Education in Defense and Security Studies. Washington DC. 2001. Disponível em: <http://www.ndu.edu/chds/REDES2001/Papers>. Acesso em jun. 2008.

[40] MARQUES, Adriana Aparecida. *A Amazônia: pensamento e presença militar*. Tese apresentada para obtenção do título de Doutor em Ciência Política, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da USP, 2007, p. 190-193.

Armadas[41], como também a implantação do Sistema de Proteção da Amazônia (SIPAM) e do Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM). Tais mecanismos de controle tiveram como inspiração a integração de informações e a geração de conhecimentos atualizados para a articulação, o planejamento e a coordenação de ações globais de governo na Amazônia Legal Brasileira, visando a proteção, a inclusão social e o desenvolvimento sustentável da região[42].

Fato é que dois acontecimentos relevantes determinaram maior atenção das Forças Armadas na questão amazônica: o primeiro; o final da Guerra Fria e o desmonte da União Soviética, no qual soçobrou a ameaça do comunismo internacional e, consequentemente, a necessidade de combater-se o inimigo interno, palavra de ordem da Doutrina da Segurança Nacional. O segundo; o fortalecimento do MERCOSUL, que fez emergir um novo enfoque geopolítico: a integração, desativando-se, destarte, a principal hipótese de guerra brasileira voltada para o Cone Sul. Nesse novo cenário, unidades castrenses situadas no Rio Grande do Sul foram transferidas para o teatro amazônico, reforçando-se a fronteira norte. A consequência deste novo panorama alçou a Amazônia à questão prioritária, como se constata na Política de Defesa Nacional implementada pelo Governo Federal e publicada em 2013[43]:

> A Amazônia brasileira, com seu grande potencial de riquezas minerais e de biodiversidade, é foco da atenção internacional. A garantia da presença do Estado e a vivificação da faixa de fronteira são dificultadas, entre outros fatores, pela baixa densidade demográfica e pelas longas distâncias.

---

[41] O Projeto Calha Norte (PCN), elaborado durante o governo Sarney, em 1985, apresentava como objetivo principal promover a segurança e o desenvolvimento de uma faixa do território nacional situada ao Norte da Calha do **Rio Solimões** e do **Rio Amazonas,** com 160 quilômetros de largura e ao longo de 6,5 mil quilômetros de fronteira com a **Guiana**, **Guiana Francesa**, **Suriname** e **Venezuela.** Ele sofreu sérias críticas por parte de algumas organizações indígenas e de esquerda que afirmavam tratar-se de um projeto militar, concebido sem a participação dos povos da região e baseado nas tradicionais características da doutrina de segurança nacional da época. O PCN, modificado, continua em vigor e executa, de maneira precária, suas ações por meio de convênios, firmados entre o Ministério da Defesa, os Estados e as prefeituras municipais abrangidos pelo Programa para atendimento de infraestrutura básica e aquisição de equipamentos.

[42] O Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM – é uma organização sistêmica cujos elos são os vários órgãos federais, estaduais e municipais, que tenham ações de governo na Amazônia e cujo objetivo é integrar, avaliar e difundir conhecimentos que permitam ações globais e coordenadas dos órgãos governamentais na Região.
O Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM – é constituído de uma infraestrutura de meios técnicos e operacionais com objetivo de coletar, processar, produzir e difundir dados de interesse das organizações integrantes do SIPAM. Esse sistema é de responsabilidade da Força Aérea Brasileira. Disponível em: <http://www.projetobr.com.br/c/document_library/get_file?folderId=119&name=SIVAM>. Acesso em: 1º jun. 2015.

[43] *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 2013.

> A vivificação das fronteiras, a proteção do meio ambiente e o uso sustentável dos recursos naturais são aspectos essenciais para o desenvolvimento e a integração da região. O adensamento da presença do Estado, e em particular das Forças Armadas, ao longo das nossas fronteiras é condição relevante para o desenvolvimento sustentável da Amazônia.

A Estratégia Nacional de Defesa[44], no capítulo Diretrizes da Estratégia Nacional de Defesa, insere o tópico "Priorizar a Região Amazônica", o qual preconiza:

> A Amazônia representa um dos focos de maior interesse para a defesa. A defesa da Amazônia exige avanço de projeto de desenvolvimento sustentável e passa pelo trinômio monitoramento/controle, mobilidade e presença.
>
> O Brasil será vigilante na reafirmação incondicional de sua soberania sobre a Amazônia brasileira. Repudiará, pela prática de atos de desenvolvimento e de defesa, qualquer tentativa de tutela sobre as suas decisões a respeito de preservação, de desenvolvimento e de defesa da Amazônia. Não permitirá que organizações ou indivíduos sirvam de instrumentos para interesses estrangeiros – políticos ou econômicos – que queiram enfraquecer a soberania brasileira. Quem cuida da Amazônia brasileira, a serviço da humanidade e de si mesmo, é o Brasil.

Ao longo do texto, ao serem tratados os objetivos estratégicos das Forças Armadas na parte relativa ao Exército Brasileiro, observa-se:

> O desenvolvimento sustentável da região amazônica passará a ser visto, também, como instrumento da defesa nacional: só ele pode consolidar as condições para assegurar a soberania nacional sobre aquela região. Dentro dos planos para o desenvolvimento sustentável da Amazônia, caberá papel primordial à regularização fundiária. Para defender a Amazônia, será preciso ampliar a segurança jurídica e reduzir os conflitos decorrentes dos problemas fundiários ainda existentes.

Tal sentimento foi traduzido nas Diretrizes de Comando do Exército Brasileiro. A respeito afirmaria o General Francisco Roberto Albuquerque, Comandante do Exército de 2003 a 2007:

> Prosseguir com a transformação, transferência ou extinção de OM, tendo em vista aumentar a presença na Amazônia e completar as OM prioritárias, ainda que se tenha de contrariar interesses diversos. Admite-se, para tanto, reduzir o efetivo daquelas de menor prioridade[45].

Idêntica preocupação foi manifestada de maneira ainda mais explícita na Diretriz de 2007, emitida pelo General Enzo Martins Peri, quando Comandante

---

[44] *Diário Oficial da União* de 26 de setembro de 2013.

[45] ALBUQUERQUE, Francisco Roberto. *Diretriz Geral do Comandante do Exército*. Brasília. 2003. Disponível em: <http://dcont.sef.eb.mil.br/nova/files/sistemas/9_DiretrizGeralDoComandanteEB_2003.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2015.

do Exército nos Governos do ex-Presidente Lula da Silva e da ex-Presidente Dilma Rousseff:

> A Amazônia continuará a receber a mais alta prioridade no âmbito da Força. Estratégias específicas para sua defesa devem ser estudadas, treinadas e aperfeiçoadas, particularmente a Estratégia da Resistência[46].

Mais recentemente, em exposição no Senado no dia 22 de junho de 2017, o atual Comandante do Exército, General de Exército Eduardo Dias da Costa Villas Bôas, explanou sobre "O Exército e seus Programas Estratégicos", e um dos destaques foi o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras – SISFRON –, cuja finalidade é consolidar a presença do Estado e dissuadir ameaças nas faixas de fronteiras, sobretudo, na Amazônia.

A expectativa do Exército é de que, no prazo de dez anos, toda a faixa de fronteira estará coberta, e um dos aspectos de maior relevo é a integração do Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteira aos demais já existentes ou em desenvolvimento, tais como o Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM –, o Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul – SISGAA – e o Sistema de Controle do Espaço Aéreo.

Lamentavelmente, dificuldades têm sido enfrentadas devido aos cortes orçamentários ocorridos nos últimos anos.

AMEAÇAS À SOBERANIA NACIONAL NO ÂMBITO AMAZÔNICO

As ameaças à soberania brasileira na Região Amazônica advêm de vários fatores, tais como os oriundos de atividades ilícitas (terrorismo, tráfego de drogas), os decorrentes de raízes socioeconômicas (corrupção, pobreza extrema), os provenientes de desastres naturais, bem como os danos ocasionados pelo homem junto ao ecossistema (desmatamento, poluição).

Ressaltou-se a atuação das organizações não governamentais, imunes ao controle estatal, e a das empresas nacionais e transnacionais que exploram a região sem atentarem para as regras do Direito Ambiental.

Porém, a mais nefasta e perigosa causa para a desintegração territorial amazônica é o esvaziamento dos orçamentos militares com a finalidade de atribuir às Forças Armadas "papel secundaríssimo de forças subalternas e auxiliares de segurança da América Latina. Enquanto isso, forças estrangeiras fizeram estranhas manobras militares perto de nossas fronteiras setentrionais, em plena selva amazônica de uma das Guianas". A advertência, alarmante e temerária, não foi feita pelos Comandantes do Exército, Marinha ou Aeronáutica nem, tampouco, pelo

---

[46] PERI, Enzo Martins. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/be_ostensivo/BE2007/be2007pdf/be34-07.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2015.

Ministro de Estado da Defesa; foi feita pelo eminente constitucionalista Paulo Bonavides[47] há quase uma década, apreensivo com a "mexicanização" da Amazônia, consoante sua própria expressão.

Nesse norte, advertiria o jurista: "Desarmar o País é o primeiro passo para a sua desnacionalização e desmembramento". Imperiosa, portanto, "(...) a função das Forças Armadas, onde o interesse nacional ficaria sacrificado se atribuíssemos à tropa de linha, debaixo do pretexto de que a guerra fria acabou, tarefas incompatíveis com a natureza da missão constitucional que desempenha a milícia, enquanto corpo permanente, dissuasório de aventuras invasoras ou imperialistas, as quais, o mundo está a ver, não cessaram nem vão cessar, conforme ilusoriamente se tem proclamado."[48].

Diante de todas as colocações expostas, uma indagação merece ser colocada: existe, de fato, uma real ameaça internacional à soberania brasileira oriunda das condições encontradas na região amazônica[49]?

Para respondê-la, impõem-se algumas considerações relevantes. Testemunha esse início de século instabilidades e riscos advindos de novas ameaças decorrentes da globalização, a saber: a tensão das relações regionais, a ausência de maior vigilância nas faixas de fronteiras, a instabilidade financeira mundial, a desregulação ambiental e ecológica, a má gestão dos recursos naturais, nomeadamente, os hídricos e os energéticos, o crime organizado transnacional, a emergência de radicalismos políticos, ideológicos e religiosos a gerar o recrudescimento do terrorismo, dentre outras causas geradoras do medo. A vida humana tornou-se, cada vez mais, suscetível às alterações súbitas que, de algum modo, desequilibram o centro vital de bem-estar e a sobrevivência do indivíduo. Para além da segurança das fronteiras – especialmente em se tratando

---

[47] In: *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 255.

[48] *Id,* pp.255-256.

[49] As notícias de ameaças à Amazônia são potencializadas por declarações de líderes de expressão mundial. Ressalte-se: "Se os países subdesenvolvidos não conseguem pagar suas dívidas externas, que vendam suas riquezas, seus territórios e suas fábricas", **Margareth Thatcher** (1983). "Ao contrário do que os brasileiros pensam, a Amazônia não é deles, mas de todos nós. Oferecemos o perdão da dívida externa em troca da floresta", **Al Gore** (1989). "O Brasil precisa aceitar uma soberania relativa sobre a Amazônia", **François Mitterrand** (1989). "O Brasil deve delegar parte dos seus direitos sobre a Amazônia aos organismos internacionais competentes", **Mikhail Gorbachev** (1992). "Caso o Brasil resolva fazer uso da Amazônia, pondo em risco o meio ambiente nos Estados Unidos, temos que estar prontos para interromper este processo imediatamente", **General Patrick Hugles, Diretor da Agência de Defesa dos USA em 1998.** In: *Declarações do General de Exército Luiz Gonzaga Lessa. Ex-Comandante Militar da Amazônia. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a atuação da Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Câmara dos Deputados*, 2000, p. 85. Consultar também <www.defesabr.com/MD/md-amazonia.htm>.

de espaços de interesse geográficos – deve-se considerar a segurança das pessoas, vulneráveis a fatores como a pobreza e a desigualdade[50].

Superar situação tão grave e emergencial que acomete diretamente a região amazônica passa pela implementação de ações eficazes para, a um só tempo, livrá-la do subdesenvolvimento e proteger seus recursos naturais. Sem dúvida, um desafio gigantesco que se impõe a toda Nação.

No momento em que os biocombustíveis, em especial, o etanol nacional, apresenta-se como fonte de energia promissora deste século, as acusações de que sua produção possa provocar o desmatamento de uma área considerada patrimônio da humanidade a acarretar uma diminuição nas plantações de alimentos, obriga o Estado a adotar uma estratégia política eficaz para obstruir propostas de internacionalização da Amazônia nos fóruns de discussões mundiais. Ademais, não podem ser olvidados os impasses com os vizinhos fronteiriços, sempre temerosos da hegemonia brasileira no Continente, a gerar embates diplomáticos, a exemplo do ocorrido com o gás boliviano e a energia elétrica de Itaipu junto ao Paraguai.

Discussão relevante afeta ao tema centra-se, outrossim, na política indigenista nacional. A demarcação de terras indígenas em faixas de fronteiras contíguas impõe novo redimensionamento da questão silvícola, de forma a resguardar, concomitantemente, o direito imemorial das populações tradicionais e a defesa da Pátria.

Há que se atentar para a camuflagem de protagonistas que, sob o argumento de proteção da causa indígena, a merecer, de fato, o zelo público, buscam tão somente facilitações para a intervenção internacional.

No dizer de Paulo Bonavides: "Não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não corresponde aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulada do espaço amazônico e na preparação e proclamação da independência das tribos indígenas como nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam."[51].

---

[50] Analisando o conceito de ameaça, Héctor Luis Saint-Pierre, Professor da UNESP Pró-Defesa, realizou um estudo teórico apresentando como as causas mais gerais: a pobreza e migração, o narcotráfico, o meio ambiente, a proliferação nuclear, a democracia instável e o terrorismo internacional. À exceção da proliferação nuclear, a região amazônica está sujeita a todas as demais, sendo algumas delas geradas por fatores endógenos, e outras, como as provenientes da instabilidade democrática e o terrorismo, advindas dos países vizinhos. In: *Ameaças: Uma Abordagem Teórica* e *Classificatória*. Disponível em: <http://www.memorial.sp.gov.br/images/noticia/000788/Palestra_Hector.ppt>. Acesso em: 21 fev. 2015.

[51] Id., p. 258.

Dúvidas não restam de que os recursos incalculáveis da flora amazônica têm sido objeto da cobiça internacional há longo tempo. O isolamento da região e sua baixa taxa demográfica facilitam a ocupação de invasores de propósitos duvidosos. Graças à presença das Forças Armadas é que a atuação de atores alienígenas tem sido minimizada.

Ademais, a ação do terceiro setor na região, a compra de longas extensões territoriais por estrangeiros, a demarcação de terras indígenas contínuas em áreas de fronteiras[52], o aumento do narcotráfico e o consequente perigo de

[52] O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009, julgou a Petição 3388/RR de relatoria do Min. Carlos Ayres de Brito, na qual se discutiu a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Visando nortear a atuação dos indígenas nas áreas demarcadas de modo a salvaguardar a soberania estatal, o Min. Menezes Direito, em voto-vista, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para que fossem observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao direito dos índios sobre suas terras: 1) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da CF, o interesse público da União, na forma de lei complementar; 2) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; 4) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo, se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes – o Ministério da Defesa e o Conselho de Defesa Nacional –, serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 6) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 7) o usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como a caça, a pesca e o extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipulados pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e os costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI; 10) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração; 11) deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; 12) o ingresso, trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação

atuação de guerrilhas ligadas a atividades criminosas, além da possibilidade de o Brasil vir a tornar-se uma potência energética pela adição à sua matriz dos biocombustíveis, exsurgem como reais e efetivas ameaças a pairar sobre a Amazônia.

Mister, pois, que o Estado as enfrente e as supere. Para tanto, fundamental a conscientização dos órgãos de governo e da própria sociedade civil de que a ocupação e a exploração amazônica devem se dar de forma responsável e em acatamento aos princípios programáticos da Constituição Federal, que contemplam os direitos das populações tradicionais, a preservação do meio ambiente, a defesa da Pátria atribuída às Forças Armadas, a política agrícola, o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica.

À evidência serão os problemas ambientais que irão gerar a necessidade de um esforço de resistência às pressões internacionais. Como os países desenvolvidos classificam as florestas tropicais como patrimônio da humanidade, a necessidade de produção de alimentos e de biocombustíveis deve ser muito bem planejada a fim de evitar intervenções indesejáveis. Aliás, é nesta região que se centra uma discussão vital para a defesa nacional: a questão da

---

ou não; 14) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas; 15) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos artigos 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.
Dita decisão suscitou dúvidas sobre a sua correta aplicação sendo, por isso, objeto de novo questionamento judicial no Supremo Tribunal Federal, em sede de Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, onde se fixou o alcance principiológico do acórdão. Assentou a Corte, na oportunidade, que aos índios, como a quaisquer outros brasileiros nas suas terras, aplicam-se os regimes de proteção ambiental e de segurança nacional. Estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se revelava no caso em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional. A circunstância de a faixa de fronteira constituir área indispensável à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional justifica, plenamente, todas as medidas preconizadas.

faixa de fronteira[53], definida como o espaço territorial que acompanha a linha demarcatória com os Estados vizinhos.

---

[53] A demarcação de terras indígenas ensejou controvertida discussão sobre as faixas de fronteiras. O Artigo 20, § 2º, da Constituição de 1988, estabelece como bens da União: "A faixa de até cento e cinqüenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei." No ano de 2004, em pronunciamento na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado, o então Ministro da Defesa, José Viegas Filho, assim se expressou: "Em síntese, interessa à defesa nacional que a proteção que necessariamente se deve dar à faixa de fronteira, sobretudo na região norte do país, não se veja sensivelmente afetada pela perpetuação de vazios demográficos – especialmente os que, por serem contíguos a espaços semelhantes aos países vizinhos, possam dar lugar seja à reivindicações de formação de 'nações indígenas', seja à diminuição da capacidade de atuação do Estado na repressão de delitos transfronteiriços, seja ainda à percepção errônea, fora do nosso País, de que possa haver no nosso território 'áreas sem governo'. A ação do Estado deve fazer-se presente – e até reforçada – na faixa de fronteira para assegurar a preservação, conservação e manutenção sustentável dos recursos naturais, bem como a proteção das terras e comunidades indígenas e para coibir a atuação descontrolada de organizações cujos interesses e finalidades sejam incompatíveis com os da nação brasileira." A discussão ainda está longe de se encerrar. A Comissão de Constituição e Justiça do Senado aprovou em 21/02/2008 a Proposta de Emenda nº 49/2006, que reduz a faixa de fronteira de 150km para 50km. A PEC apresentada em 2006 prevê a diminuição da largura da faixa do Mato Grosso do Sul até o Rio Grande do Sul. Na proposta, defendia-se, também, a alteração da faixa na região Amazônica, rejeitada pela maioria dos parlamentares na CCJ.

O texto legislativo, acompanhado de uma Justificação falaciosa, constitui um verdadeiro atentado à soberania pátria. Veja-se:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 49 DE 2006.

Dá nova redação ao § 2º do art. 20 da Constituição, para dispor sobre a alteração da faixa de fronteira. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição, promulgam a seguinte emenda ao Texto Constitucional:

Art. 1º O § 2º do art. 20 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 20. .....

§ 2º A faixa de até cinqüenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para a defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

..... (NR)"

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

"Há tradição, no direito internacional público comparado, segundo a qual os Estados limitam direitos de posse e de propriedade fundiária em suas regiões de fronteira, de forma discricionária, como decorrência da necessidade de prover segurança territorial. A salvaguarda em apreço, pacificamente incorporada pela prática internacional, revela o Estado atuando no pleno exercício de sua soberania e de seu poder jurisdicional. No Brasil, há tratamento constitucional da matéria, o que bem denota a importância que se lhe dá. Com efeito, o art. 20, § 2º, da Constituição de 1988, estabelece que a faixa de até cento e cinqüenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para a defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

A legislação infraconstitucional que cuida do tema, não obstante anterior a Constituição em vigor, é a Lei 6.643/1979, que se encontra nitidamente em descompasso com a realidade internacional. De resto, a própria Constituição de 1988 foi concebida ainda sob os influxos da 'Guerra Fria', em contexto totalmente alheio à realidade presente.

Por igual, mister se ponderarem valores constitucionalmente albergados pela *Lex Magna* no trato da demarcação de terras indígenas que tanto preocupa as autoridades e que tem se constituído em objeto de discussões após o Comandante Militar da Amazônia ter declarado, publicamente, que a política indigenista governamental é caótica[54].

Alfim, decisivo enfatizar a necessidade de conscientização da sociedade civil no sentido de que a soberania, a segurança e a defesa do Estado são responsabilidades dos Poderes e das Instituições Públicas. Não se está diante de uma questão militar, mas de uma questão de interesse nacional na qual avulta o sentimento patriótico de todos os brasileiros. Dentre as medidas a serem adotadas, o reaparelhamento das Forças Armadas exsurge como vital para que estratégias de dissuasão sejam bem sucedidas. Nas palavras de Pieranti, Cardoso e Rodrigues da Silva, quando se fala em soberania "(...) cabe ao Poder Executivo garanti-la e ao Poder Legislativo discuti-la para depois apoiá-la, o que significa a necessidade de investimentos constantes em recursos humanos, estudos e renovação de aparato militar."[55]. Do contrário, adverte Paulo Bonavides "A consciência da nacionalidade, picada de remorso, não saberia explicar às gerações futuras com honra e dignidade tanta omissão e descaso!"[56].

Hodiernamente, presencia-se o desinteresse da classe política com relação aos assuntos relativos à defesa nacional na região, praticamente delegado aos militares que detêm o monopólio da ocupação e do pensamento estratégico da Amazônia, e cuja preocupação com a área é pertinente e alarmante.

Ao contrário da segurança existente nas fronteiras nacionais sulinas, contíguas aos três países hispânicos do MERCOSUL, que possuem entre si divergências históricas, o norte brasileiro apresenta sérios problemas advindos dos Estados vizinhos. A possibilidade de invasão, embora esporádica, dos guerrilheiros das FARCS da Colômbia, a desavença entre o Peru e o Equador, a ques-

---

Vivemos o tempo da integração regional e da construção de blocos econômicos. O tecido mais sensível para que se apliquem tais dinâmicas é, em verdade, a faixa de fronteira, que hoje se vê engessada e relegada economicamente à hipossuficiência, diante da legislação que ora pretendemos atualizar.

Hoje, os mecanismos de segurança, controle e informação instantânea dos quais dispõe o Estado transformam a legislação brasileira de faixa de fronteira em obsoleta e comprometedora do desenvolvimento regional. As regiões fronteiriças são sacrificadas pela Geografia e pela História. Não há mais razão para que o sejam também pelo Direito e pela Política."

À guisa de informação, a mencionada PEC foi arquivada no final da legislatura, em 27 de janeiro de 2015.

[54] Em 8 de julho de 2008, a grande imprensa noticiou o resultado de uma auditoria feita pelo Tribunal de Contas da União na FUNAI, na qual se concluiu que realmente a Fundação não está organizada para tratar do problema do índio no Brasil.

[55] PIERANTI, Octavio Penna; CARDOSO, Fabio dos Santos; RODRIGUES DA SILVA, Luiz Henrique. *Reflexões Acerca da Política de Segurança Nacional: Alternativas em face das mudanças no Estado.* In: *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro 41(1):29-48, Jan./Fev. 2007, p. 48.

[56] *Teoria do Estado*. *Op. cit.*, p. 259.

tão do território Essequibo entre a Venezuela e a Guiana são fatores que podem provocar um desequilíbrio geopolítico no local.

Embora o Poder Público disponha de recursos reduzidos para desenvolver ou mesmo vigiar de forma adequada o vasto território amazônico, medidas hão de ser promovidas com vistas a dotá-lo de uma infraestrutura de desenvolvimento sustentável, que permita a exploração das riquezas minerais e da biodiversidade sem provocar danos ao meio ambiente. Agregue-se a necessidade de vivificação das faixas de fronteiras com o adensamento da presença do Estado e a regularização fundiária.

Indubitavelmente argumentar, sequer cogitar, acerca da mitigação da soberania brasileira sobre a Amazônia é inaceitável, seja sob a ótica jurídica, seja política! Sem embargo, sua preservação não pode e nem deve ser apenas uma missão delegada às Forças Armadas. Trata-se de questão estratégica para o Estado Brasileiro que envolve toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Francisco Roberto. *Diretriz Geral do Comandante do Exército*. Brasília, 2003. Disponível em: <http://dcont.sef.eb.mil.br/nova/files/sistemas/9_DiretrizGeral DoComandanteEB_2003.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2015.

ARAUJO, Marcelo. *Justiça Internacional e Direitos Humanos: Uma Abordagem Contratualista,* Disponível em: <http:// www.geocities.com/marceloeva>. Acesso em: 5 jun. 2008.

ARBUET-VIGNALI, Heber. *Los Precursores de la Idea de Soberanía. Nicolás Maquiavelo y Jean Bodin*. 1. ed. Montevideo-Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da soberania*. *In:* Revista Brasileira de Estudos Políticos, UFMG, n. 63/64, Jul. 1986 e jan. 1987.

BENOIST, Alain de. Qu'est-ce que la Souveraineté? *In*: *Éléments*, No. 96 November 1999.

BERARDO, Telma. Soberania, um Novo Conceito? *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional,* São Paulo, n. 40, p. 32, julho/set. 2002.

BODIN, Jean. *The Six Books of a Commonweal*: A Facsimile Reprint of the English Translation of 1606, Corrected and Supplemented in the Light of a New Comparison with the French and Latin Texts*,* Livro I, Capítulo VIII. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional* e *Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. *Seminário Faixa de Fronteira*: Novos Paradigmas. Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, Brasília, 2004.

DIHN, Nguyen Quock; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FURNIEL, Ana Cristina da Matta. *Amazônia – a Ocupação de um Espaço*: Internacionalização x Soberania Nacional (1960-1990). Dissertação de mestrado apresentada no Instituto de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1993. Disponível em: http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/militares-amazonia/txt_Ana_Furniel.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

HOBBES, Thomas. *O Leviatã ou Matéria, Forma* e *Poder de um Estado Eclesiástico* e *Civil*. 4. ed. São Paulo: Os Pensadores, Nova Cultura, 1998. Indicadores de Desenvolvimento Sustentável: Brasil 2012, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

JACKSON, Robert H. *Sovereignty: Evolution of an Idea*. Cambridge, U.K.: Polity Press, 2007.

LOURENÇO, José Seixas. *Política Nacional Integrada para a Amazônia Legal*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Brasília, 1996.

LYONS, Gene M.; MASTANDUNO, Michael; ROSENAU, James N. *Sovereignty in a Turbulent World. In:* Beyond Westphalia? State and International Intervention. London: John Hopkins, Baltimore, 1995.

MARQUES, Adriana Aparecida. *A Amazônia: Pensamento* e *Presença Militar*. Tese de Doutorado em Ciência Política, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da USP, 2007.

MELLO, Neli Aparecida de. *Políticas Públicas Territoriais na Amazônia Brasileira – Conflitos entre Conservação Ambiental e Desenvolvimento 1970-2000*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas da USP e à Université de Paris X, Nanterre, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Povo, Democracia, Participação Política*. Diponível em: <http://multimidia.opovo.com.br/revista/jorge-miranda.pdf>. Acesso em: 3 maio 2008.

ONUF, Nicholas G. *The Republican Legacy in International Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

PERI, Enzo Martins. *Diretriz Geral do Comandante do Exército*. Brasília. 2007. Diponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/be_ostensivo/BE2007/be2007 pdf/be34-07.pdf>. Acesso em: 3 de jan. 2015.

PERINI, Raquel Fratantonio. A Soberania e o Mundo Globalizado. Diponível em: <http://jus.com.br/artigos/4325>. Acesso em: 3 fev. 2015.

PHILPOTT, Dan. *Sovereignty*. *In:* The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Summer 2003 edition.

PIERANTI, Octavio Penna; CARDOSO, Fabio dos Santos; SILVA, Luiz Henrique Rodrigues da. *Reflexões acerca da política de segurança nacional: alternativas em face das mudanças no Estado*. *In*: Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro 41(1):29-48, Jan./Fev. 2007.

PRACIANO, João Henrique Mesiano. *As Forças Armadas Brasileiras e o Meio Ambiente: Um Novo Diálogo com a Sociedade*. *Center for Hemispheric Defense Studies*. Redes. Research and Education in Defense and Security Studies. Washington DC. 2001. Diponível em: <http://www.ndu.edu/chds/REDES2001/ Papers/>. Acesso em: 8 jun. 2008.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 49 DE 2006, apresentada em 11/6/2006.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1960. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito referente ao Relatório Final da CPI: ONGs. Diponível em: <http://webthes.senado.gov.br/bin/gate.exe?f =recordn&state=d1j0qp.1.1>. Acesso em: 5 jun. 2008.

Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito referente ao Relatório Final da CPI: ONGs. Diponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194594>.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALOMÃO, KHALID Fernandes Braga. *Reflexões sobre a Soberania: uma Trajetória do Pensamento Clássico às Questões*. Dissertação de Mestrado em Filosofia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

SANTOS, António P. Ribeiro dos. *As Metamorfoses do Estado – Rumo à Mega-Confederação Européia?* Almedina: Coimbra, 2005.

SHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. The University of Chicago Press, 1996.

_____. *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Tradução: George Schawb. Cambridge, MA & London: The MIT Press, 1985.

Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Petição 3388/RR*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Data de Julgamento: 23/10/2013, Tribunal Pleno, Publicação: 4/2/2014.

TILIO NETO, Petronio. *Soberania e Ingerência na Amazônia Brasileira*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Políticas, USP, São Paulo, 2003.

Nota sobre os autores

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministra do Superior Tribunal Militar. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *Honoris Causa* pela Universidad Inca Garcilaso de la Vega – Peru. Professora Universitária.

Gen Div Romeu Costa Ribeiro Bastos

General de Divisão. Mestre em Engenharia de Sistemas pelo Instituto Militar de Engenharia. Doutor em Estratégia pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Professor Universitário.

O CRIME DE DESACATO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UM OLHAR SOBRE A RELAÇÃO JURÍDICO-CASTRENSE E AS PERSPECTIVAS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

CARLOS AUGUSTO DE SOUSA
Ministro do Superior Tribunal Militar

ÊNIO DE CARVALHO FRAGOSO
Analista Judiciário

Sumário: Introdução; 1. A Blindagem do Estado Leviatã e a estrutura estatal Hobbesiana; 2. Estado: Social e Democrático de Direito; 3. Desacato; 3.1. Antecedentes históricos; 3.2 Tipicidade objetiva; 3.3. Tipicidade subjetiva; 3.4. Desacato e a Ordem Jurídica Militar; 4. Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos; 4.1. Desacato no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; 4.2. Leis de Desacato nos Estados-Parte da Convenção Americana; 4.3. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5. A Discussão no Brasil; 6. Operacionalidade Militar: Garantia da Lei e da Ordem; Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como propósito apresentar importantes pontos postos à discussão no quotidiano jurídico acerca do crime de desacato. Nesse contexto, primeiramente expõe os conceitos jurídicos relacionados a este tipo delitivo e traz suas referências expositivas nos países submetidos à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Ao final, por se constituir em temática de interesse especial, propõe um debate pertinente à atual situação jurídica envolvendo os militares, quando empregados em ações subsidiárias, para as quais tenham sido convocados, consequentes do esgotamento do aparato policial.

PALAVRAS-CHAVE: Desacato; Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos; A discussão no Brasil; Militares.

INTRODUÇÃO

O crime de desacato tem proporcionado acendrada discussão no quotidiano jurídico. Trata-se de um delito disposto no Código Penal (art. 331), bem como no Código Penal Militar (art. 299), guardando, cada um, suas particularidades, sobretudo pela diferenciação de seus preceitos normativos.

Na abordagem que se pretende discorrer visando enveredar na essência do propósito deste artigo, é de valia inicialmente trazer à baila a relação entre o Estado e o cidadão. Desde há muito se discute tal elo. O tratamento verticalizado sempre existiu, contudo, em tempos pretéritos de forma muito mais acen-

tuada. Entretanto, no inexorável transcurso temporal, o Estado tem vivenciado incontáveis mudanças de cunho ideológico e social, evidenciando, de certo modo, um sentido abrandamento nas relações entre esses entes.

Nesse contexto de verticalização insere-se o estudo do Direito Penal e, consoante o nosso propósito, mais especificamente o crime de desacato. Trata-se de um delito relativamente antigo que busca tutelar a dignidade, o prestígio e o respeito devido à função pública.

A controvérsia acerca da descriminalização do desacato por conta da sua incompatibilidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é tema recorrente na Corte IDH e, em âmbito interno, nas nossas Cortes Superiores.

Esse tema ganha relevância por conta do emprego das Forças Armadas como *ultima ratio*. Cada vez mais a mídia tem referenciado os casos de uso das forças militares para o emprego em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). É consabido que a função primordial das Forças Armadas é a defesa externa. Ocorre que, por vezes, as principais ameaças à manutenção e funcionamento das instituições democráticas advêm de infortúnios internos, fazendo-se necessário o seu emprego excepcional quando esgotadas as possibilidades de restauração da normalidade pelos instrumentos do sistema de justiça penal.

Muito embora a Corte IDH tenha se pronunciado sobre o tema, não há qualquer precedente relacionado ao crime de desacato atrelado ao Brasil. Certo é que a distinção deve ser levada a efeito, sobretudo aos casos afetos à Justiça Militar, em que não são opostas sanções ou privações desarrazoadas ou fundadas em cunho político. A premissa segundo a qual o desacato está na contramão do humanismo deve ser vista com temperamentos.

Assim, o intento buscado nas linhas que se seguem tem como foco destacar as teorias, conceitos e argumentos atinentes ao tema, pontuando reflexões sobre a legislação afim, valendo-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

1 A BLINDAGEM DO ESTADO LEVIATÃ E A ESTRUTURA ESTATAL HOBBESIANA

Thomas Hobbes (1588-1679), filósofo inglês, muito famoso por sua obra "Leviatã[57]", datada do ano de 1651, brindou-nos com uma escritura épica que transcendeu o tempo. A figura do Leviatã ficou ilustrada como um homem artificial, forte e de grande estatura. Essa foi a concepção utilizada e tomada como base para indicar a configuração do Estado frente aos particulares, a de um ser superior e irrefutável, e foi a linha de pensamento ocidental que fomen-

[57] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

tou a forma de governo monárquico-absolutista. Hodiernamente, a visão verticalizada do Estado em relação aos particulares encontra-se arraigada no nosso Ordenamento Jurídico, hoje felizmente fundado numa concepção democrática de Direito.

Pois bem, na referida obra, o autor analisou a base estatal com supedâneo em seu poderio e em sua força. Diz-se que um Estado é constituído quando um conjunto de pessoas concorda e pactua *cada um com cada um*, em prol da própria preservação, com o fito de fugir do denominado estado de guerra, reconhecido pelo autor como "estado de natureza".

Considera, assim, que o desígnio natural das pessoas é o de amar a liberdade e estabelecer o domínio sobre os outros, além de a natureza humana ser egoísta e imoral, o que fatalmente convergiria para o "estado de natureza". Logo, a maneira de instituir um poder comum capaz de afastar a invasão de estrangeiros, bem como de submeter-se à proteção contra as injúrias uns dos outros, garantindo a satisfação coletiva, seria a de conferir todo o poder e força a um homem ou a um colegiado, para que este reduza a diversidade de vontades a um único desejo[58]. Dessa forma, aquele que se torna dono do Leviatã é chamado de soberano, e dele emana o denominado poder soberano, sendo todos, além dele, meros súditos.

Entretanto, assim como as pessoas, para alcançar a paz, e, com isso, a própria preservação, criaram a figura do "homem artificial", o qual se convencionou chamar de Estado, também idealizaram "correntes artificiais", chamadas de Leis[59], a serem ditadas pelo soberano. Assim sendo, a liberdade do indivíduo ficaria adstrita ao que fosse permitido pelo soberano. Em contrapartida, a liberdade dos sujeitos encontrar-se-ia parcialmente tolhida em prol da manutenção da convivência pacífica. Parte-se, portanto, do pressuposto de que o poder do ente representante é absoluto, e todas as pessoas teriam que se submeter a esse poder. Denota-se, neste momento, a noção de Estado pacificador, reedificador e protetor da ordem e da paz. Indiscutivelmente, essa posição coloca-o num patamar de superioridade, na medida em que promove o bem comum, mas, noutro sentido, investe-o de poderes sancionadores caso alguém malfira seus preceitos normativos.

A busca frequente pela conquista e manutenção do poder soberano está umbilicalmente ligada aos atos dos "súditos", mais especificamente os que ameaçassem a estabilidade dos monarcas. Daí decorreriam as graves e violentas sanções a que se submetiam os agentes dos delitos, exemplo a ser difundido entre os integrantes do reino.

---

[58] MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
[59] Op. cit.

Independentemente de se querer levar a efeito as discussões apregoadas por Tomás de Aquino[60] – "se a Lei se ordena sempre ao bem comum" –, certo é que o conceito hobbesiano de Estado denota-se balizatório na relação verticalizada entre o Estado e as pessoas a ele vinculadas e que se encontra evidenciada em alguns ramos do Direito, mormente os vinculados ao Direito Público[61], do qual se extrai o Direito Penal.

2 ESTADO: SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É comum os manuais trazerem a concepção de Estado como sendo uma "nação politicamente organizada"[62], ou, então, como sendo "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território"[63].

Falar em Estado necessariamente remete-nos à perspectiva de soberania. De acordo com Paulo Bonavides, trata-se da entidade que não conhece superior na ordem externa, nem igual na ordem interna[64].

Com efeito, a ideia de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, à territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado[65].

É consabido que no Estado absolutista todo o poder estava concentrado nas mãos do soberano, que detinha a autoridade absoluta para editar leis, administrar a coisa pública e julgar os conflitos de interesses.

Nesse período começou a surgir o racionalismo iluminista. A classe burguesa passou a se interessar pela direção do poder e defendia a reestruturação das bases estatais. Basicamente, sua importância se deve à compreensão do pensamento racionalista ou de institucionalização do poder, com ideais marcadamente limitadores. Em seguida, desponta a figura do Estado de Direito,

---

[60] AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. 1. parte da 2. parte, q. XCI, art. I. 2. ed. Trad. de Alexandre Corrêa. Org. e dir. de Rovílio Costa e Luís Alberto de Boni. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980. v. 4.

[61] Neste ponto faz-se de bom alvitre trazer a lume os ensinamentos do Ministro do STF Luís Roberto Barroso (*in* Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil), no ponto em que perscruta a consolidada divisão do Direito em ramos, *verbis*: "(...). Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista".

[62] LIMA, Euzébio de Queiroz. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1951. p. 5.

[63] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

[64] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[65] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ligado aos ideais liberalistas, com enfoque na limitação do poder com fins garantísticos. O Estado absolutista transmuda para o Estado de Direito. Nascem os direitos de primeira dimensão – liberdade.

Assim, desde os primórdios, a ideia de Estado de Direito transporta um claro juízo de valor. É, no fundo, um limite aparentemente paradoxal, vale dizer, o próprio Estado deve se submeter às leis por ele criadas.

O conceito de Estado de Direito, que inicialmente surgiu para combater o absolutismo, insculpido na figura do liberalismo, evoluiu para a figura do Estado Social de Direito. Notavelmente, o não intervencionismo remontou a ideia de que o excesso de liberdade fez eclodir a natureza egoística humana e, por consequência, gerou graves entraves sociais. Surgem os direitos de segunda dimensão – igualdade.

O Estado Social de Direito, Estado do bem-estar social – W*elfare State* – despontou com o advento da Constituição Alemã de 1919 – Constituição de Weimar – e visou superar o individualismo exacerbado gerador de ocorrentes desequilíbrios entre a relação cidadão *versus* cidadão e Estado *versus* cidadão. Contudo, não se conseguiu alcançar uma igualdade substancial, na medida em que o "ter" se sobrepujava ao "ser". A igualdade era meramente formal. A justiça social não era satisfeita, e os anseios democráticos não eram atendidos. O Estado foi conclamado a ter uma postura ativa e dirigente.

O Estado Democrático de Direito surgiu como uma tentativa de corrigir as falhas do sistema anterior. Este se assentou nos pilares da democracia, que impõe a efetiva participação dos governados na gestão da coisa pública e dos direitos fundamentais. Essa participação não se resume na colaboração do cidadão no processo político. Também busca preservar todos os direitos assegurados constitucionalmente para possibilitar os direitos essenciais da pessoa humana. O direito ligado à igualdade transmuda-se para o direito fraternal – direitos de terceira dimensão –, reclamando uma postura proativa do Estado, de modo a se pautar nos ditames da solidariedade, pluralismo e na ausência de preconceitos.

Quando se está a discorrer sobre Estado Democrático de Direito, o emblema "Democracia" irrompe a *novel* fase do conceito estatal. Esta palavra tem origem no grego *demokratia* e é formada pela junção de *demos* – povo e *kratos* – poder. A Democracia, segundo Pinto Ferreira[66], "repousa no pensamento de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de delegados ou representantes (...)". O artigo 1º de nossa Carta Maior estabelece que:

---

[66] FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

a República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

Nesta senda, os fundamentos enumerados na CF/88 reproduzem os ditames básicos a serem seguidos e respaldam um de seus pilares: o Princípio da Legalidade, que busca a igualdade e a justiça por intermédio do império da Lei e impõe limites à atuação estatal, a fim de garantir a plenitude dos direitos individuais.

E dentro dessa perspectiva, alinhavado aos ditames da legalidade, o poder punitivista estatal, desde Beccaria[67], perpassa por frequentes mutações, dentre elas, e em evidência, a proporcionalidade entre a conduta inquinada de reprovabilidade penal e a atitude estatal controladora. Esse é o ideal de justiça que hodiernamente se almeja alcançar com a proibição do excesso e a proteção deficiente. A atitude punitivista estatal, mesmo que disposta de legalidade, não pode malferir os preceitos básicos da dignidade humana. Por outro lado, os bens jurídicos tutelados, aos quais se convencionou proteger, não poderão estar ao alvedrio de malversações sem a eficiente resposta penal, sob o risco de o Estado sucumbir.

Na medida em que o Constituinte erigiu alguns valores à categorização de bens jurídicos[68] tutelados penalmente, o fez numa clara opção de resguardar o fim último: paz social e soberania. O Estado serve aos cidadãos e estes ao Estado numa clara relação simbiótica e de constante comunicação.

Essa convivência deve sempre estar atrelada à satisfação equilibrada, de modo a impedir arbitrariedades e fomentar a segurança.

Tomando por empréstimo a clássica obra literária de Jonathan Swift, "As Viagens de Gulliver", um clássico conhecido mundialmente, observa-se que Gulliver ajudou os Lilliputeanos, tendo existido uma convivência pacífica até o momento em que sobressaíram conflitos de interesses. Em determinada passagem, os "pequenos habitantes" quiseram cegá-lo por conta de algumas condutas erigidas. O "gigante" teve de fugir.

---

[67] BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

[68] Segundo Cláudio Leal Soares *in* O Crime de Desacato e a Honra Funcional como Bem Jurídico. Os bens jurídicos são valores, valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos, quanto morais. São estes bens e valores que a própria natureza do homem e as condições da vida social têm criado e que o Direito, reconhecendo-os e protegendo-os, elevou a categoria de bens jurídicos. Disponível em:<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2157/O-crime-de-desacato-e-a-honra-funcional-como-bem-jurídico>. Acesso em: 2 jul. 2017.

Assim, da mesma forma que o *establishment* deve acatar os preceitos fundamentais dos cidadãos, o contrário também deve ser observado, sob pena de, assim não ocorrendo, o sistema estatal ser fadado ao insucesso.

E sob essa moldura e nesses termos surge a figura do desacato como proteção legal contra os graves disparates lançados contra os agentes estatais, no exercício do *munus publicum*.

3 DESACATO

Atualmente, o delito de desacato tem sido objeto de debates nas searas doutrinária e jurídica. Trata-se de um crime relativamente antigo e que busca proteger, em primeiro plano, a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. A honra do funcionário, *lato sensu*, é tutelada, mercê do desacato, de modo muito mais rigoroso do que a honra do particular. Isso se dá porque o funcionário é portador de um interesse público.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A origem do crime de desacato, segundo Luis Regis Prado[69], está atrelada ao Direito Romano, quando as injúrias praticadas contra os magistrados no exercício de suas funções eram denominadas de *iniuria atrox* e a sanção era determinada em desfavor da classe dos *humiliores*[70]. Inicialmente, essa figura delitiva não se configurava autonomamente, e a condição da pessoa ofendida limitava-se a qualificar a injúria. Em seguida, também os sacerdotes foram dotados da condição de sujeitos passivos.

Magalhães Noronha[71], na mesma linha, relata que o crime de desacato teve origem no fato de se considerarem qualificadas as injúrias e ofensas para certa categoria de pessoas, tal qual ocorria em Roma quando as respectivas penas eram majoradas caso praticadas contra os *praetores*.

No Brasil, essa figura delitiva irrompeu-se nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título L: "Dos que fazem ou dizem injúrias aos Julgadores, ou a seus Oficiais". Em seguida, com o advento, em 1830, do Código Criminal do Império, art. 237, § 2º, foi abordado como uma espécie de injúria qualificada. Posteriormente, em 1890, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil tratou deste delito de forma autônoma no seu art. 134. Atualmente, encontra-se presente no art. 331 do Código Penal (CP), e para o âmbito militar no art. 299 do Código Penal Militar (CPM).

---

[69] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro-PG*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
[70] Pessoas economicamente menos favorecidas advindas de classe social da base piramidal.
[71] NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 32. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997.

3.2 TIPICIDADE OBJETIVA

No esteio de Guilherme de Souza Nucci[72], desacatar quer dizer desprezar, faltar o respeito, afrontar veementemente, profanar ou humilhar. Segundo Nelson Hungria, citado por Celso Delmanto[73], evidencia-se o tipo em comento quando "há grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.", ou seja, "qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário público". No entanto, a crítica ou censura, mesmo veemente, não tipifica o desacato, salvo se proferida de modo injurioso.

Levando-se em consideração o núcleo do tipo: desacatar – trata-se de um crime que admite diversos meios de execução – palavras, gritos, vias de fato, ameaças, agressão física. Por isso, é um delito doutrinariamente classificado como crime de forma livre[74]. Entende Nucci[75] que, se a ofensa for por escrito, caracterizar-se-á outro tipo penal, a injúria.

É um crime formal, independe de o funcionário público, termo genérico (CP), ou o militar (CPM), sentir-se ofendido em sua honra pessoal, bastando que a conduta seja capaz de causar dano a sua honra profissional.

Importante salientar que o tipo em comento não está a tutelar qualquer manifestação de desagrado. A censura moderada, a crítica sincera, ainda que feitas com veemência, o desabafo em termos queixosos, mas sem tom insólito, geralmente não configuram o crime de desacato.

O sujeito passivo principal é o Estado. Secundariamente, o funcionário público ou o militar desacatado. Isso porque se busca tutelar a Administração Pública, em primeiro plano, e o seu consequente bom funcionamento.

Exige-se para a sua configuração, como em qualquer outro crime, a figura da inter-relação entre a conduta e o resultado alcançado: o nexo de causalidade. Neste particular, a ação deve se perpetrar contra o funcionário público ou o militar no "exercício da função ou em razão dela". No primeiro caso, o agente estatal está de fato a desempenhar um ato de ofício, pouco importando o local. Na segunda situação, o desacato está relacionado com a atividade advinda do *munus publicum*, muito embora no momento da conduta o sujeito passivo secundário não esteja a realizar propriamente ato de ofício.

O tipo objetivo do desacato exige a contemporaneidade da qualidade de agente público, ou seja, não se pode falar em desacato quando o agente público já não mais ostenta a qualidade aqui enfocada.

---

[72] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
[73] DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.
[74] JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1999.
[75] Op. Cit.

A presença do agente estatal – ofendido – é indispensável no momento da prática delitiva, pois o menoscabo necessita ter alvo certo, de forma que a vítima deve ouvir a palavra injuriosa ou o ato diretamente.

3.3 TIPICIDADE SUBJETIVA

O verbo desacatar naturalmente remete à figura dolosa. Não pode ser praticado a título de culpa. Consiste a figura nuclear em desacatar. Essa se dispõe na vontade livre e consciente de ofender ou desprestigiar a função pública exercida pelo sujeito passivo. Por certo, o dolo deve abranger o conhecimento da qualidade do funcionário público ou do militar, além da sua presença no local da conduta.

Por ter conteúdo normativo[76], há divergências doutrinárias acerca da prescindibilidade do elemento subjetivo específico; explica-se: o fim especial de agir.

O crime em evidência poderá ocorrer mesmo em estado de embriaguez do agressor. Ademais, está-se a tratar de um crime como outro qualquer, de modo que a ebriedade não possui o condão de afastar sua concretização, salvo nos casos de embriaguez culposa ou fortuita.

A respeito do ânimo calmo e refletido – *animus freddo* –, ou seja, o estado emocional controlado e medido em que a pessoa se encontra na ocasião da ofensa à honra funcional do agente estatal, há duas correntes acerca de sua necessidade.

A primeira entende que o crime de desacato exige o ânimo calmo e refletido. Assim, eventual estado de exaltação ou cólera excluiria o elemento subjetivo do seu tipo. O grande defensor desta corrente é o saudoso Nelson Hungria[77], para quem o tipo subjetivo deste crime exige o dolo específico, consistente na "intenção ultrajante", no "propósito de depreciar ou vexar", e que, portanto, não coincidiria com a ofensa proferida num estado notório de ira, medo, susto ou pavor. Logo, nesse caso, não podendo se falar em desacato pela ausência de seu elemento do dolo específico, o crime subsistente será a injúria. Segundo Damásio[78], são também partidários dessa corrente: Bento de Faria e Washington de Barros Monteiro.

Já a segunda corrente, capitaneada por Damásio[79], propugna que o desacato não exige ânimo calmo e refletido. O estado de exaltação ou ira não

---

[76] Os elementos que compõem o tipo penal podem ser de três órbitas: objetivo, normativo e subjetivo. Os elementos objetivos são os que podem ser constatados pelo sistema sensorial. Dispensam juízo valorativo. Os elementos normativos exigem, para sua interpretação, uma atividade valorativa do ator jurídico. Os elementos subjetivos surgem na psique do autor e se manifestam como a vontade livre de praticar a conduta.

[77] HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

[78] Op. Cit.

[79] Op. Cit.

teria o condão de excluir o elemento subjetivo do tipo. O fundamento desta linha de pensamento é o de que seria muito pernicioso, e contrário aos interesses da Justiça, não punir alguém pela prática do desacato pela simples alegação de um estado aflitivo, porquanto seria um argumento generalizado em busca da exclusão da tipicidade. Assim, o desacato teria tão somente um dolo simples ou genérico.

A título de conveniência acadêmica, faz-se de valia ressaltar que a primeira corrente é a dominante, tanto doutrinariamente quanto na seara jurisprudencial.

3.4 DESACATO E A ORDEM JURÍDICA MILITAR

Após discorrer sobre os principais aspectos acerca do crime de desacato, impende ressaltar que os elementos do tipo do CPM são específicos, porquanto falam em "função de natureza militar" ou "em razão dela".

Pois bem, a Lei nº 6.880/1980 – Estatuto dos Militares – estabelece no seu art. 23 que "função militar é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar". Consoante o art. 20 da mesma Lei, "cargo militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo".

Dentre as várias grandezas arraigadas à ética militar, são manifestações essenciais do valor militar: o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida; o civismo e o culto das tradições históricas; a fé na missão elevada das Forças Armadas; o espírito de corpo, orgulho militar pela organização onde serve; o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e o aprimoramento técnico-profissional.

Os aspectos acima sublinhados identificam, dentre outros tantos, que a profissão militar é singular. E essas singularidades devem ser tratadas com diferenciação, sobretudo sob o enfoque da isonomia material. Poucas profissões se dispõem a sacrificar a própria vida. Mais escassas ainda são aquelas que se apoderam do sublime valor Pátria como um ideal de fidelidade. A propósito, dentre as milhares de palavras constantes dos 250 artigos de nossa Constituição Federal de 1988, a essência da nacionalidade, traduzida pela expressão PÁTRIA aparece tão somente uma vez. E está estampada unicamente no art. 142 da CF/88[80], que trata justamente das Forças Armadas.

[80] Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disci-

As singularidades que recaem sobre o corpo militar, notavelmente mais rígidas e graves, não existem por acaso, ou por mero capricho do legislador. Pelo contrário, estão diretamente relacionadas à dura missão atribuída pelo texto constitucional às Forças Armadas. São elas, em última instância, as garantes da soberania, da integridade do território nacional e da própria ordem democrática do Estado.

Em outras palavras, as Forças Armadas identificam-se como a derradeira e mais crítica medida a ser adotada por um Estado Democrático de Direito na promoção e preservação daquilo que lhe for mais caro. Assim, quando as Forças Armadas atuam, põe-se em provação a credibilidade do País como um todo, uma vez que o fracasso de suas ações pode representar, ao fim, a falência do próprio Estado. Daí a necessidade de preservar a imagem das Forças Armadas de especial maneira. Na medida da existência de particularidades afetas ao crime de desacato, conforme anteriormente explanado, também no CPM há singularidades concernentes a este delito, mormente por conta dos elementos diferenciadores do tipo (art. 299 do CPM).

Tem-se por certo que as distinções entre a figura do desacato do CP e a mesma figura constante do CPM são efetivamente marcadas pelos elementos diferenciadores do tipo: funcionário público x militar.

E não poderia ser diferente. A ofensa dirigida à imagem da instituição militar, quando do exercício de suas sensíveis atribuições, é nitidamente mais reprovável, por desacreditar e debilitar a confiança no Estado Democrático de Direito, justamente quando ele lança mão de seu recurso extremo.

Afinal, qual seria a proteção legal conferida àqueles militares que sejam malferidos no exercício de suas funções? A consequência de eventual desamparo normativo poderia gerar gravíssimos entraves sociais, mormente por conta do desprestígio de suas atribuições ligadas à própria soberania.

4 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Um dos principais argumentos para a atual tentativa de descriminalização do desacato nos países da América Latina encontra-se no posicionamento dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Esse sistema é composto pela Corte IDH e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH).

---

plina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de quaisquer destes, da lei e da ordem.

A Corte IDH é um dos três Tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos, juntamente com a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos. O Sistema Continental Americano ou Interamericano é o mais relevante para nós, obviamente, por nele estar inserido o Brasil. Esse Sistema é considerado doutrinariamente como de desenvolvimento intermediário, abaixo do europeu e acima do africano.

A Corte IDH possui função jurisdicional e consultiva. É uma instituição judicial autônoma cujo desiderato principal é aplicar e interpretar a Convenção Americana. Decide acerca dos casos que lhe são submetidos pela Comissão IDH. Esta Comissão tem por principal função promover a observância e a defesa dos direitos humanos, bem como admitir as petições individuais, fazendo um juízo de admissibilidade.

O documento mais importante para o Sistema Interamericano é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica. Trata-se de instrumento de maior importância intrínseco ao Sistema, tendo entrado em vigor em 1978.

O Supremo Tribunal Federal já firmou diretriz no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados ao Direito interno, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, têm natureza supralegal.[81] Noutro giro, quando os referidos tratados se submeterem ao rito estabelecido no art. 5º, § 3º, da Carta Magna de 1988, terão *status* de Emenda Constitucional.

Os direitos assegurados na Convenção Americana são essencialmente os de 1ª e 2ª dimensões, aqueles relativos à garantia da liberdade, à vida, ao devido processo legal, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à igualdade, entre outros.

A Corte IDH prolata sentenças internacionais definitivas e inapeláveis, com força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado condenado cumpri-la de imediato. No caso brasileiro, a incorporação do Pacto de San José da Costa Rica se deu pelo depósito da carta de adesão, em 25/9/1992, com a posterior promulgação por intermédio do Decreto nº 678, de 6/11/1992.

Os Estados que reconhecem e aceitam a competência contenciosa da Corte são: Brasil, Argentina, Barbados, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

[81] STF. RE 466.343. Rel. Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julg. 3/12/2008.

4.1 DESACATO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Comissão IDH efetuou uma análise acerca da compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por intermédio de um Informe realizado em 1995[82].

A conclusão a que se chegou foi a de que as leis de desacato não eram compatíveis com a Convenção, porque se prestam ao abuso como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, assim, o debate e as críticas que forem lançadas contra o funcionamento das instituições estatais, sobretudo as que detenham poder de polícia.

Sendo assim, para a Comissão IDH a tipificação penal do desacato lacera um dos principais pilares de uma sociedade democrática: a liberdade de expressão, constante do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual é estatuída nos seguintes termos:

> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por outro processo de sua escolha.
>
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
>
> a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
>
> b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
>
> 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
>
> 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
>
> 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

---

[82] CIDH, Informe sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 ver., 17 de fevereiro de 1995.

É de relevo mencionar que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo protocolizou petição na Comissão IDH pedindo o fim da criminalização do desacato. Esse pedido consubstancia-se na defesa de um cidadão que, ao ser flagrado com substâncias entorpecentes, foi detido e teria chamado o agente policial de "policial sem-vergonha, corrupto, ladrão e vagabundo! Não ficarei detido para sempre. Você vai se ferrar, vai morrer", ao que, para além do crime de tráfico, também estaria respondendo à persecução penal pelo crime de desacato.

Ao que parece, muito embora a Corte IDH já tenha se pronunciado sobre o tema, não há qualquer precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. Caso houvesse, acreditamos que o resultado seria outro, mormente nos casos afetos à Justiça Militar em que não são opostas sanções ou privações desarrazoadas ou fundadas em cunho político.

4.2 LEIS DE DESACATO NOS ESTADOS-PARTE DA CONVENÇÃO AMERICANA

Dentre os países que se submetem à contenciosidade da Corte IDH, alguns deles colacionam a figura do crime de desacato e seus dispositivos em suas legislações penais. Apresentá-los será de valia para o presente trabalho, na medida em que se poderá depreender, da leitura dos excertos, as escolhas dos bens jurídicos sujeitos à tutela estatal e o seu comparativo com aqueles levados a efeito em nosso País.

Na busca pela originalidade dos preceitos, os normativos serão mantidos no idioma oficial.

Equador

Código Penal[83]

Artículo 231.- El que con amenazas, injurias, amagos o violencias, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el Art. 225, cuando éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de ocho a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Los que cometieren las infracciones detalladas en el inciso anterior contra otro funcionario que no ejerza jurisdicción, serán reprimidos con prisión de ocho días a un mes.

Artículo 232.- El que faltare al respeto a cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto en que se halla, será reprimido con prisión de ocho días a un mes.

[83] EQUADOR. *Código penal*. Disponível em: <http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=42>. Acesso em: 7 set. 2017.

Artículo 233.- Igual pena se aplicará al que insultare u ofendiere a alguna persona que se hallare presente y a presencia de los tribunales o de las autoridades públicas.

Chile

Código de Justicia Militar[84]

Art. 284. El que amenazare en los términos del artículo 296 del Código Penal, ofendiere o injuriare de palabra o por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas, sus unidades, reparticiones, armas, clases o cuerpos determinados, o a uno de sus integrantes con conocimiento de su calidad de miembro de esas instituciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

El Salvador

Código Penal[85]

Art. 339.- El que con ocasión de hallarse un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por razón de éstas, ofendiere de hecho o de palabra su honor o decoro o lo amenazare en su presencia o en escrito que le dirigiere, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

Si el ofendido fuere Presidente o Vice Presidente de la República, Diputado a la Asamblea Legislativa, Ministro o Subsecretario de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o Cámara de Segunda Instancia, Juez de Primera Instancia o Juez de Paz, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo.

Guatemala

Código Penal[86]

Artículo 412. Desacato a la autoridad. Quien amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro, a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.

Artículo 413. Prueba de la imputación. Al acusado de injuria contra funcionario o autoridades públicas, si se admitirá prueba sobre la verdad de la Imputación si se tratare de hechos concernientes al ejercicio de su cargo. En este caso será absuelto si probare ser cierta la imputación.

---

[84] CHILE. *Código de Justicia Militar*. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18914#2840>. Acesso em: 7 set. 2017.

[85] EL SALVADOR. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo%20penal>. Acesso em: 7 set. 2017.

[86] GUATEMALA. *Código Penal*. Disponível em: <http://leydeguatemala.com/codigo-penal/15/>. Acesso em: 7 set. 2017.

México

Código Penal Federal[87]

Artículo 189.- Al que cometa un delito en contra de un servidor público o agente de la autoridad en el acto de ejercer lícitamente sus funciones o con motivo de ellas, se le aplicará de uno a seis años de prisión, además de la que le corresponda por el delito cometido.

Nicarágua

Código Penal[88]

Art. 462 Desobediencia o desacato a la autoridad

El que desobedezca una resolución judicial o emanada por el Ministerio Público, salvo que se trate de la propia detención, será penado de seis meses a un año de prisión o de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

No existirá delito cuando voluntariamente o por requerimiento de autoridad posteriormente se cumpla con la resolución desobedecida.

Uruguai

Código Penal[89]

Artículo 173. (Desacato) Se comete desacato menoscabando la autoridad de los funcionarios públicos de alguna de las siguientes maneras:

1) Por medio de ofensas reales ejecutadas en presencia del funcionario o en el lugar en que éste ejerciera sus funciones.

2) Por medio de la desobediencia abierta al mandato legítimo de un funcionario público.

El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión.

Nadie será castigado por manifestar su discrepancia con el mandato de la autoridad.

Artículo 175. (Concepto del funcionario) A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal.

---

[87] MÉXICO. *Código Penal Federal*. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf /9_260617.pdf>. Acesso em: 7 set. 2017.

[88] NICARÁGUA. *Código Penal*. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf /($All)/1F5B5 9264A8F00F906257540005EF77E?OpenDocument>. Acesso em: 7 set. 2017.

[89] URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes /codigos?page=1>. Acesso em: 7 set. 2017.

4.3 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

As decisões inaugurais da Corte IDH sobre o tema ocorreram, no ano de 2004, contra a Costa Rica e o Paraguai.

A primeira situação foi *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*[90]. No ano de 1995, o jornalista Maurício Herrera Ulloa publicou alguns artigos no jornal *La Nación* apresentando algumas informações contrárias a um diplomata costarriquenho, que inicialmente haviam sido divulgadas pela mídia na Europa. A matéria veiculava supostas indagações feitas a Felix Przedboski Chawa, Cônsul honorário da Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica, sediada na Áustria. O jornalista foi processado e condenado civil e penalmente. Também, o *La Nación* teve de publicar o dispositivo da sentença em parte mais atrativa do jornal, além de ligar, em seu sítio eletrônico, todas as pesquisas feitas com o nome "Przedboski" à parte final da sentença.

No ano de 2003, o caso foi apreciado pela Corte IDH. Após relatórios elaborados pela Comissão IDH[91], os juízes julgaram no sentido de afirmar a importância da liberdade de expressão para a democracia. Também alertaram sobre a elevada possibilidade de as figuras públicas estarem sujeitas à maior exposição a críticas. Por conta disso, a Costa Rica foi considerada culpada e foi coagida a cassar as condenações impostas ao jornalista.

Em 2004, nova discussão se efetivou na Corte IDH. Desta vez foi por intermédio do caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*[92]. O cenário fático se deu no contexto do pleito das eleições presidenciais de 1992. Por ocasião da campanha política, o candidato à presidência do Paraguai, Ricardo Canese, pronunciou-se questionando acerca da idoneidade e integridade de seu rival, Juan Carlos Wasmosy. Teceu considerações argumentativas sobre possíveis irregularidades na construção do complexo hidroelétrico binacional de Itaipu e uma suposta relação de seu concorrente com a família do ex-ditador Alfredo Stroessner. A construção da central elétrica esteve, parcialmente, a cargo da empresa CONEMPA, a qual Juan Carlos Wasmosy havia presidido.

Indignados com as declarações, alguns diretores da CONEMPA moveram ação contra Canese por difamação e injúria, situação que o levou a ser condenado a dois meses de prisão, além do pagamento de indenização por danos morais. Além disso, durante toda a instrução processual, Canese teve seu

---

[90] OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004a.
[91] OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995.
[92] OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004b.

direito à liberdade de locomoção cerceado, porque não pôde sair do país. Em junho de 2002, esse caso foi levado à Corte IDH. Concomitantemente, os advogados de Canese interpuseram recurso à Corte Suprema de Justiça do Paraguai, culminando na absolvição do Acusado.

Contudo, a Corte IDH novamente afirmou que a justiça paraguaia agiu com demasiado rigor, porquanto impôs severas sanções de ordem penal e pecuniária, além de ter, indiscriminadamente, cerceado o direito à liberdade ambulatorial do Acusado, em vista de não o ter deixado sair do país. Novamente, os juízes reafirmaram a necessidade da livre disposição à liberdade de expressão, sobretudo quando se tratasse de questões que envolvessem interesses políticos.

Desse modo, percebe-se que a jurisprudência da Corte IDH está bastante voltada para a contenção das repreensões que envolvam penalização de condutas consideradas desproporcionais ou ilegítimas, mormente quando envolverem situações de "crime de opinião" contra personalidades públicas ou mesmo agentes estatais.

5 A DISCUSSÃO NO BRASIL

A discussão acerca da descriminalização do crime de desacato ganhou força no âmbito interno. Por ocasião do Julgamento do Recurso Especial (Resp) nº 1.640.084/SP, julgado pela Quinta Turma do STJ, em 15/12/2016, o Ministro Ribeiro Dantas, com supedâneo num juízo de controle de convencionalidade erigido de nosso sistema normativo, reconheceu a incompatibilidade do art. 331 do CP com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse particular, trata-se do chamado controle de convencionalidade, cuja finalidade é compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos[93]. Esse controle não se confunde com o controle de constitucionalidade, porquanto a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for incompatível. Diferente seria o caso se a discussão envolvesse tratados submetidos ao regime do art. 5º, § 3º, da CF/88, visto que, nesse caso, gozaria de *status* de emenda constitucional.

A situação em tela ocorreu por conta de um crime de roubo praticado na cidade de São Paulo. O agente delitivo, de nome Alex Carlos Gomes, teria

[93] MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

subtraído para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de um vergalhão de ferro, uma garrafa de conhaque, de propriedade da vítima Faedra de Jesus Tavares. Quando de sua captura, desacatou com gestos e palavras os policiais militares André Luiz Eduardo Gonçalves e Luiz Teixeira Fernandes, que estavam no pleno exercício de suas funções públicas. Por conta das palavras de baixo calão proferidas em desfavor dos agentes estatais, também teria sido condenado pelo crime ínsito no art. 331 do CP.

A defesa requereu a absolvição do crime de desacato em face da sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, porquanto a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão IDH firmou entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica.

Isso porque, em casos anteriores, a Corte IDH já opinou a respeito de situações que retratem crimes de opinião como meio de silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem como proporcionam excessiva proteção aos agentes do Estado.

Assim, firmou-se posicionamento pela natureza vinculativa das Recomendações da Corte IDH, nos moldes de casos julgados anteriormente pela referida Corte Internacional. O art. 331 do CP assumiria viés de supressor de direitos fundamentais, em especial, a liberdade de expressão. No crime de desacato, o Estado estaria colocado numa posição eminentemente verticalizada, quando, na verdade, "os Estados existem para os humanos e não vice-versa[94]".

Por conta das ocorrências dessas persecuções penais, há em tramitação dois projetos de lei (PL) favoráveis à abolição deste delito: o PL nº 4.548/2008 e o PL nº 602/2015, ambos submetidos à discussão na Câmara dos Deputados. Nas justificativas para proposição desses projetos consigna-se que a criminalização do crime de desacato encontra-se na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado.

Ao fim, o voto do Resp nº 1.640.084/SP, atinente a este caso, demonstrou que a tutela da honra dos agentes estatais ainda seria albergada, civil ou criminalmente, pela subsunção de outras figuras típicas, como a calúnia, injúria ou difamação.

---

[94] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional das Organizações Internacionais*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Pouco tempo depois, em 24/5/2017, outro órgão colegiado do STJ, mas agora composto por 10 (dez) ministros – 3ª Seção –, julgou caso de cunho similar. Tratou-se do HC nº 379.269/MS, em que o Ministro-Relator para o Acórdão, Antônio Saldanha Palheiro, discorreu novamente acerca do crime de desacato.

O caso retratou um cidadão, com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, flagrado conduzindo veículo. Logo que capturado, após ter desobedecido à solicitação feita por policiais militares no exercício de suas funções, desacatou-os com gestos obscenos e proferindo palavras de baixo calão. Por conta disso foi denunciado pelo art. 331 do CP.

Por ocasião deste julgamento, o Relator registrou que, malgrado o precedente anterior – Resp nº 1.640.084/SP – teria entendimento diverso. Pontuou que, de fato, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada pelo Decreto nº 678/1992. Assim, deste então, a ser de observância integral do Estado.

Trouxe a lume a natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, desde que não submetidos ao crivo do § 3º do art. 5º da CF/88.

Ao analisar o dispositivo 41 do Pacto de São José da Costa Rica[95], o Relator entendeu que a Corte IDH, no exercício de suas funções, não pode coagir decisão aos Estados soberanos, visto que não há, dentre as suas funções, preceito de caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Conse-

[95] Art. 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

a) Estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
b) Formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
c) Preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
d) Solicitar aos governos dos Estado membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
e) Atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas como os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
f) Atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e,
g) Apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

quentemente, depreendeu que a Corte IDH não possui função jurisdicional propriamente dita.

Além do mais, também restou consignado no voto que o dispositivo inquinado, Art. 331 do CP, preenche todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além de ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idôneo a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.

Por fim, fortalece os argumentos no sentido de que o bem jurídico a ser considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que seu preposto seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da Administração Pública[96].

Assim considerando, eventual desamparo normativo por parte dos agentes estatais poderia causar desforço pessoal ou acomodação, ou, até mesmo, desídia do funcionário no exercício de suas atribuições. Isso porque, fazer prevalecer a proposta de tratamento igualitário e uniforme à tutela dos direitos da Administração contra o particular, deverá ser visto sob o prisma dos crimes de injúria e difamação, diante de eventual desonra dirigida contra um funcionário público. E essa situação trará outras consequências jurídicas, como, por exemplo, a representação do ofendido, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente, ou mesmo, caso opte pela via do Juizado Especial, a necessária contratação de advogado, em caso de inércia do *Parquet*.

Dessa forma, em que pese a Corte IDH já tenha se pronunciado sobre o tema em diversos casos anteriores, como, por exemplo, de *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, trazido ao bojo deste trabalho, as circunstâncias que balizaram o caso são diametralmente opostas. Há outra abordagem. O panorama desenhado pelos julgados anteriores na Corte IDH foram num viés político, ou mesmo face a uma postura recrudescida do Estado, tornando a decisão de âmbito interno desproporcional.

6 OPERACIONALIDADE MILITAR: GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

Conforme preceitua o art. 142 da CF/88, as Forças Armardas – Marinha, Exército e Aeronáutica – são instituições permanentes e regulares, organizadas

[96] NORONHA. E. Magalhães. *Direito Penal*. 33. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia de qualquer destes poderes e à GLO.

Inicialmente, faz-se salutar compreender que o emprego das Forças Armadas para GLO advém do texto constitucional. Essa disposição foi regulamentada por intermédio da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999.

A referida Lei Complementar estabelece que competirá ao Presidente da República decidir sobre o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria, ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais. O ato é concretizado por Decreto presidencial.

Tem sido corriqueira a divulgação pela mídia acerca do emprego das Forças Armadas em operações de GLO nas mais distintas ocasiões.

Reitera-se que a função primordial das nossas Forças Armadas é a defesa da Pátria contra ameaças externas. Porém, em virtude de sentidas ameaças internas, por vezes faz-se necessário o uso da principal força sob pena de o Estado e suas instituições entrarem em descalabro, com o consequente retorno ao "estado de natureza".

Há muitas situações em que se tem feito o uso das Forças Armadas em operações de GLO. Citamos as operações de pacificação dos morros no Rio de Janeiro/RJ; a estabilização da situação calamitosa em que o estado do Espírito Santo esteve submetido por ocasião da greve dos policiais militares; a segurança de eventos de grande porte (Conferência do Rio+20, Copa do Mundo de Futebol, Jogos Olímpicos etc.), dentre muitas outras.

Apesar de forte corrente contrária, certo é que as Forças Armadas são vistas como fonte restauradora e matriz delineadora da paz em situações de graves entraves sociais. Elas são vistas pela população como instituições altamente confiáveis.

A tabela a seguir (1) relaciona justamente os indicadores de percepção social, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), e visa captar o discernimento das famílias acerca das políticas públicas implementadas pelo Estado. Segundo seus idealizadores, a margem de erro corresponde ao percentual de apenas 5% (cinco por cento).

Tabela 1 – Confiança nas Forças Armadas do Brasil

(por região, grau de escolaridade e faixa etária)

Pergunta: O quanto o(a) Sr.(a) confia nas Forças Armadas: totalmente, muito, razoavelmente, pouco ou nada?

	Confia Totalmente/ Muito	Confia Razoa-velmente	Confia Pouco/ Não Confia Nada	NS/NR*
Região do Brasil				
Centro-Oeste	43,2%	40,6%	16,2%	0,0%
Nordeste	50,1%	30,9%	18,5%	0,5%
Norte	55,0%	25,3%	19,7%	0,0%
Sudoeste	48,9%	34,7%	16,2%	0,1%
Sul	50,4%	28,1%	21,2%	0,4%
Grau de Escolaridade				
Não escolarizado e fundamental (incompleto/completo)	51,1%	31,0%	17,6%	0,2%
Ensino Médio (incompleto/ completo)	48,8%	32,6%	18,4%	0,2%
Superior (incompleto/ completo)/Pós-Graduado	46,2%	37,1%	16,7%	0,0%
Faixa Etária				
18 a 24 anos	46,9%	32,5%	20,6%	0,0%
25 a 34 anos	45,8%	33,2%	20,8%	0,1%
35 a 44 anos	43,7%	35,1%	20,9%	0,3%
45 a 54 anos	53,9%	31,1%	14,6%	0,4%
55 a 64 anos	54,1%	30,0%	15,7%	0,2%
+ de 64 anos	58,1%	29,9%	11,5%	0,4
BRASIL	**49,6%**	**32,2%**	**17,9%**	**0,2%**

Fonte: Pesquisa SIPS – Ipea, 2011.
Nota: * não sabe ou não respondeu.

Percebe-se facilmente do levantamento que a confiabilidade que a população brasileira deposita nas Forças Armadas alcança elevados percentuais. Essa foi a última pesquisa feita pelo IPEA a respeito do tema.

Como consabido, o Brasil é um país tradicionalmente pacífico e provedor da paz. Contudo, dados estatísticos demonstram que, entre os anos de 2011 e 2015, o Brasil teve um total de 278.839 assassinatos[97]. Essa preocupante estatística reflete o grave problema ligado à segurança interna. A morte de agentes estatais de segurança também tem aumentado assustadoramente.

Talvez toda essa problemática seja reflexo, dentre outros fatores, da má gestão pública. Em determinadas situações tem-se observado o esgotamento das forças policiais tradicionais, ocasionando óbices intransponíveis ao correto cumprimento de suas funções precípuas.

Nessa toada, na medida em que os militares sejam dispostos em missão de GLO, agem, sobretudo, em nome da própria soberania estatal, devendo-lhes ser oferecidas todas as garantias contra o abuso ou tentativa de limitar suas ações em prol da segurança da sociedade.

Faz-se salutar a proteção aos militares que estejam cumprindo sua missão constitucional de apaziguar e pôr em ordem eventual descalabro por conta do esgotamento dos instrumentos de polícia.

A tabela a seguir (2), também levada a efeito pelo IPEA, com subsídio no mesmo método de amostragem probabilística, indica que a população entende ser cabível o uso das Forças Armadas como instrumento de combate à criminalidade, em conjunto com os demais agentes policiais. Curiosamente, os dados apontam percentual superior ao de defesa externa em caso de beligerância.

[97] Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

Tabela 2 – Funções das Forças Armadas (por região)

Pergunta: Nos últimos anos, algumas pessoas têm debatido o porquê de o Brasil ter Forças Armadas e, também, quais os tipos de trabalho que elas devem fazer. Em sua opinião, quais devem ser as funções das Forças Armadas?

	Centro-Oeste	Nordeste	Norte	Sudeste	Sul	BRASIL
Combater a criminalidade em conjunto com as polícias	58,7%	55,1%	63,7%	59,2%	57,1%	**58,1%**
Defender o país em caso de guerra	53,1%	53,0%	59,3%	61,9%	39,9%	**55,4%**
Ajudar a população com serviços médicos e sociais e em caso de desastres naturais	56,5%	48,6%	57,3%	49,5%	44,7%	**49,7%**
Combater o terrorismo	34,7%	49,2%	34,0%	37,8%	52,7%	**42,7%**
Participar de missões de paz em outros países	33,6%	36,7%	45,0%	33,1%	25,5%	**34,0%**
Passar para os jovens valores como responsabilidade e disciplina	40,2%	32,1%	43,3%	34,1%	26,8%	**33,7%**
Ensinar aos jovens uma profissão	36,5%	39,0%	43,7%	30,5%	24,1%	**33,5%**
Construir estradas, ferrovias, portos etc.	19,6%	22,0%	24,3%	20,0%	20,5%	**21,0%**
Nenhuma das anteriores	0,7%	0,3%	0,0%	0,0%	0,0%	**0,3%**
Não sabe/não respondeu	0,0%	0,1%	0,0%	0,0%	0,0%	**0,1%**

Fonte: Pesquisa SIPS – Ipea, 2011.

Nesta senda, indubitável é que o *modus operandi* policial não corresponde àquele para os quais os militares são treinados. Em tese, os militares adestram-se operacionalmente para a eliminação do inimigo.

Certo é que o emprego de militares das Forças Armadas nas operações de GLO não pode servir de panaceia para a constante ineficiência dos meios ordinários. Porém, enquanto a situação não se normalizar, não poderão os

defensores da Pátria ficar ao alvedrio de desamparos normativos, sob pena de o último meio sucumbir, e, por via direta, o Estado entrar em colapso.

Atendo-se às operações de GLO, no que tange à prática de crimes militares pelos integrantes das Forças Armadas, no desempenho de atividades de restauração da lei e da ordem pública quando esgotados os meios do art. 144 da Carta Maior, denota-se a constante judicialização de situações submetidas à seara penal, situação esta que deve ser vista à luz dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sem descurar do comprometimento da missão constitucional estatuída às Forças Armadas. Nesse conspecto, o delito de desacato requer especial atenção dos atores jurídicos, especialmente devido aos efeitos nefastos que poderão causar.

O Superior Tribunal Militar cada vez mais tem se debruçado sobre a temática aqui tratada. Em todas as situações em que a Corte castrense foi levada a decidir acerca do crime de desacato o fez com absoluta imparcialidade, sempre apegada ao tecnicismo jurídico, aliada aos importantes conhecimentos militares, fruto de uma composição escabinada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem enfrentado por Jorge Beltrão[98], o crime de desacato é "uma imposição social, sob pena de subversão da ordem jurídica na aplicação e cumprimento das ordens emanadas das autoridades revestidas de função pública". De modo que a proteção legal tem por objetivo "preservar a hegemonia da função na proteção do indivíduo que a exerce, cuja garantia no cumprimento do dever é um imperativo da ordem".

Longe de exaurir todos os aspectos pertinentes ao tema, o intento destes escritos foi trazer à tona discussão sobre observações importantes, que atualmente sobressaem e são merecedoras de reflexão crítica.

Oportuno frisar que as decisões tomadas pela Corte IDH possuem *ratio decidendi* diferenciadas, notadamente porque os casos tratados pela Corte Internacional tiveram uma perspectiva política, ou, quando superado este viés, o Estado usou de meios imoderados de punição. No nosso País não se observa esta perspectiva, sobretudo na seara militar.

Contudo, o tema ainda carece de profundos debates. A atitude punitivista estatal, mesmo que disposta de legalidade, não pode malferir os preceitos básicos da dignidade humana. Por outro lado, conforme ficou demonstrado, os bens jurídicos tutelados, aos quais se convencionou gozar da tutela penal, não poderão estar ao alvedrio de malversações sem eficiente resposta penal.

Sendo assim, assinalamos que o controle de convencionalidade do crime de desacato com o Pacto de São José da Costa Rica não pode se afastar da

[98] BELTRÃO, Jorge. *Desacato, Resistência, Desobediência*. São Paulo: Juriscredi, 1971.

previsão legal clara e precisa que se revela essencial e idônea a resguardar a moral pública, em especial, dos militares que estejam cumprindo sua missão constitucional de trazer a normalidade às situações de grave ameaça às instituições democráticas, sobretudo quando os meios ordinários estejam esgotados.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. 1. parte da 2. parte, q. XCI, art. I. 2. ed. Trad. de Alexandre Corrêa. Org. e dir. de Rovílio Costa e Luís Alberto de Boni. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 1980. v. 4.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Pena*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BELTRÃO, Jorge. *Desacato, Resistência, Desobediência*. São Paulo: Juriscredi, 1971.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Código de Processo Penal Militar*. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 379.269*. Relator para o Acórdão Min. Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <http://www.stj.jus.br /SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=379269&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.640.084, Relator Min. Ribeiro Dantas. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/ doc.jsp?livre=1640084&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 2 jul. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHILE. *Código de Justicia Militar*. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma= 18914#2840>. Acesso em: 7 set. 2017.

CIDH, *Informe sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 ver., 17 de fevereiro de 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estad***o**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

EL SALVADOR. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo%20penal>. Acesso em: 7 set. 2017.

EQUADOR. *Código penal*. Disponível em: <http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=42>. Acesso em: 7 set. 2017.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUATEMALA. *Código Penal*. Disponível em: <http://leydeguatemala.com/codigo-penal/15/>. Acesso em: 7 set. 2017.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 4.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA, Euzébio de Queiroz. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1951. p. 5.

MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÉXICO. *Código Penal Federal*. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/ Leyes Biblio/pdf /9_260617.pdf>. Acesso em: 7 set. 2017.

MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NICARÁGUA. *Código Penal*. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/ Normaweb.nsf/($All)/1F5B59264A8F00F906257540005EF77E?OpenDocument>. Acesso em: 7 set. 2017.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v. 43, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Direito Penal*. 33. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1995.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004a.

OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004b.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro-PG*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito Internacional das Organizações Internacionais*. 5. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentos yleyes/codigos? page=1>. Acesso em: 7 set. 2017.

_____

TRADUZINDO HIERARQUIA E DISCIPLINA

MARCO ANTÔNIO DE FARIAS
Ministro do Superior Tribunal Militar

De início, ressalta-se que as Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria e à garantia da lei e da ordem, resguardando o funcionamento do Estado e protegendo o patrimônio material e imaterial do nosso País.

Contudo, essa prontidão à Nação não se limita ao emprego no estado de guerra ou em outras situações beligerantes. Projeta-se na paz, no cotidiano, quando o militar se dedica ao preparo permanente, às eventuais operações de garantia da lei e da ordem, na execução de ações subsidiárias, além de uma gama variada de imprescindíveis atividades-meio.

Em tempo de guerra, o emprego prioritário das Forças Armadas é marchar para o enfrentamento do conflito armado. No tempo de paz, o preparo e as atividades operativas e administrativas têm o objetivo de internalizar, em seus efetivos, o rol de valores e de princípios que conduzem à defesa da integridade das instituições nacionais e da soberania do País. Em qualquer dessas situações, a hierarquia e a disciplina compõem o alicerce que sustenta o sagrado compromisso do cumprimento do dever a qualquer custo.

São duas singelas palavras que encerram gigantes bases principiológicas a serem preservadas.

É trabalho paulatino de conscientização, em que não se pode admitir qualquer tipo de ruptura, provocado por agente, militar ou não, sob o risco de restar comprometida a própria razão de existência das Forças Armadas.

Atualmente, a mera citação desses princípios, Hierarquia e Disciplina, sem a tradução de seus vitais desdobramentos, não deixa que o sol de valores neles guardados mostre toda a sua luz.

A hierarquia e a disciplina são os pilares de sustentação das Forças Armadas, não porque tais princípios constem da Constituição. Pelo contrário, esses **valores** constam da Constituição por serem essenciais para a existência das Forças Armadas.

E por que são **valores** essenciais?

Note-se que, no âmbito das Instituições Militares, o termo valores diz respeito a referenciais e fundamentos imutáveis, de caráter coletivo. Eles atuam

como catalizadores e influenciam, de forma consciente ou inconsciente, o comportamento e a base de conduta profissional do militar. Hierarquia e disciplina são essenciais porque sobre esses valores se edificam todos os demais que emolduram a consistência moral, ética, jurídica e profissional de uma Força Armada.

Discorramos, então, sobre eles:

a. Disciplina

Conforme o Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 –, a disciplina está conceituada nos seguintes termos:

> Art. 14 (...)
>
> § 2º **Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.** (grifei).
>
> § 3º A disciplina e o respeito à herarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Disciplina, prezados operadores do Direito, não é somente responder com educação e respeito à ordem recebida do superior. Não é simplesmente prestar-lhe a continência ou solicitar autorização para se retirar da sua presença. Esses procedimentos são exteriorizações da disciplina.

É lícito, então, assinalar que disciplina é muito mais que isso. Disciplina é algo do interior, é razão, é culto, é crença. Disciplina é aceitar conscientemente que os interesses pessoais perdem a prioridade em proveito do cumprimento do dever; é acatar as decisões do chefe, do diretor ou do comandante, em qualquer nível, mesmo diante de discordância inicial; é avançar para alcançar o objetivo estabelecido na tarefa, mesmo que isto lhe traga receio ou desconforto. É saber que as ordens emanadas pelo superior deverão ser atendidas porque, legais, elas foram precedidas de análise e de cuidadoso planejamento; é acreditar que o cumprimento pleno das ordens é algo necessário e essencial para o sucesso de qualquer atividade; é estar convicto de que o coletivo se sobrepõe ao individual.

A disciplina é obediência, e o ato de obedecer identifica a nobreza da alma.

Ser disciplinado é, ao amanhecer, despertar para servir e somente dormir mediante a certeza de que nada deixou de ser executado naquela jornada.

Disciplina é, também, vencer o medo pela intenção de alcançar o êxito e de praticar as boas recomendações estabelecidas nas leis, nas ordens e nos regulamentos.

Disciplinado é aquele que ocupa e garante o seu posto de serviço, seja a bordo de um navio, no hangar das aeronaves ou ao relento num ponto extremo do último pedaço de chão nacional, de dia ou de noite, com frio ou calor, na chuva ou no sol.

Disciplina é honrar a farda, a organização militar à qual pertence, a sua Instituição e a sua Pátria; é esforçar-se pelo aprimoramento próprio, superando fragilidades e preparando-se para melhorar o seu desempenho e bem cumprir as suas atribuições. Disciplina é colocar o seu corpo como escudo na defesa dos ideais da sua gente.

Enfim, disciplina é compromisso, é culto, é vontade, é crença, é desapego, é dedicação, é tenacidade, é valor e é dever!

Por outro giro, a ofensa à disciplina atinge desfavoravelmente o estamento militar, pondo em risco o cumprimento do dever, o compromisso profissional e a confiança mútua, aspectos substanciais para a funcionalidade das atividades castrenses.

Mudanças crescentes de costumes e de valores na sociedade nem sempre se admitem no cotidiano da atividade militar. Neste sentido, lesiona frontalmente a disciplina a utilização de meios informatizados ou de redes sociais para criticar, contestar ou manifestar desacordo contra atos emanados das autoridades competentes, superiores hierárquicos ou governamentais.

A quebra da disciplina na estrutura militar de forma contínua, individual ou coletiva, é impensável porque provocaria a ruptura do alicerce de sustentação das Forças Armadas, ensejando que grupos de homens, com armas na mão, transformassem tropas em milícias ou, pior ainda, em bandos. Com certeza, ao final, essas armas estariam apontadas na direção errada.

b. E a Hierarquia?

Por sua vez, segundo o Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 –, a hierarquia assim consta definida:

> Art. 14. (...)
>
> § 1º **A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.** (grifei).

A partir das Legiões, o Estado Romano conseguiu impressionante expansão territorial, tendo por base a incorporação de notáveis mudanças na arte da guerra, que influíram para a superação de hordas de bárbaros de outrora.

A história descreve que Roma Antiga deixou marcante legado aos exércitos da era moderna, com destaque para inovações na organização e na estrutura militar até então desconhecidas. A criação das patentes e a descentralização do comando associado a treinamentos específicos contribuíram para a transformação de homens simples em "soldados" de alto nível, ordenados em escala hierárquica e empregados em novas táticas e estratégias bélicas. Foram fatores de sucesso em conflitos diante de tradicionais adversários e de povos guerreiros.

Com isso, é possível atribuir aos romanos, ao longo de gradual processo de formação, a origem da hierarquia militar presente, nos dias atuais, em qualquer exército do mundo.

Hierarquia é o ordenamento do mando e da subordinação; é respeito; é a consciência de que cada militar tem uma "posição" para si na estrutura da organização castrense; que esse espaço denomina-se posto ou graduação e que deve ser ocupada com responsabilidade e dignidade.

Hierarquia é a estratificação do Poder, cujas camadas sobrepostas garantem a solidez da autoridade; é precedência e acatamento; é competência, atribuição e direito; é confiança e estímulo; é coesão; é mérito e é progresso.

Hierarquia é ordem e é dever.

A quebra da hierarquia redundaria no fracasso da autoridade, na inversão da competência, no pandemônio marginal. Seria o retrocesso às comunidades primitivas, onde a autoridade sobre o grupo passaria a ser exercida pelo mais forte e não pelo mais capacitado e legalmente constituído.

CONCLUSÃO

A hierarquia e a disciplina são o combustível indissociável da profissão militar, sem as quais as Forças Armadas estariam despidas do ponto de partida dirigido ao êxito de sua destinação constitucional.

Nesse passo, não se poderia ordenar aos subordinados que enfrentassem a morte em períodos de guerra ou em situações de crise, em qualquer terreno ou sob as mais rígidas intempéries, sem a mentalidade edificada diuturnamente, como aço, nos fortes pilares da hierarquia e da disciplina.

Nenhum soldado derrama o seu sangue pela população civil se não estiver talhado, em sua alma, o sentido magnânimo de sua profissão. Esse processo virtuoso somente efetiva-se segundo a estreita via do sentimento patriótico,

sempre balizado pelo imprescindível aprendizado sistemático da hierarquia e da disciplina. Assim, enquanto se almeja do agrupamento castrense cumprir a sua destinação, prevista no art. 142 da Carta Magna, jamais se pode admitir ofensa, por parte do cidadão, aos princípios fundamentais, contidos no dispositivo constitucional, para o segmento militar.

Frise-se que, ao serem julgados processos, perante o STM, voltados a fatos ocorridos durante períodos de paz, os referidos princípios devem ser aplicados com maestria e conforme pedagógica visão prospectiva, pois, quando as situações de crise advierem, inexistirá tempo para incutir, com eficiência, a mentalidade da profissão porventura dantes desprezada.

O organismo militar somente conseguirá se manter consolidado se houver a observância e a prática diuturna, especialmente na paz dos valores e princípios irradiados pela disciplina e hierarquia. Contudo, esta base principiológica jamais alcançará efetividade se não for tutelada por um ordenamento jurídico consistente, atuando de forma célere e equânime.

Por isso, a Justiça Militar da União (JMU) deve manter integralmente sua competência constitucional, confirmando-a sempre que os artigos 9º e 10, ambos do Código Penal Militar (CPM), a invocar, repudiando dúvidas improcedentes, as quais poderiam, por vezes, combalir a sua própria existência.

A JMU é a garantidora especializada da manutenção dos pilares básicos que sustentam as Forças Armadas e, em especial, do serviço que prestam à sociedade brasileira.

Nota sobre o autor

Gen Ex Marco Antônio de Farias

É Oficial-General do Exército Brasileiro, do último posto da hierarquia militar, e Ministro do Superior Tribunal Militar desde março de 2016, contando com mais de 50 (cinquenta) anos de serviço. Ao ser nomeado Ministro, exercia a função de Comandante Logístico do Exército. Como Oficial-General foi Comandante da Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), Diretor de Ensino Preparatório e Assistencial/Sistema Colégio Militar do Brasil, Comandante da 1ª Divisão de Exército e Guarnição da Vila Militar do Rio de Janeiro, Primeiro Subchefe do Estado-Maior do Exército e Vice-Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército. Possui os Cursos: de formação de Oficiais da AMAN, da

Arma de Infantaria, concluído em 1974; de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército Francês e Brasileiro; de Comando e Estado-Maior do Exército e de Política e Alta Administração do Exército, ambos da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército; e, no Centro de Instrução Paraquedista General Penha Brasil, formou-se nos Cursos Básico Paraquedista, de Salto Livre e de Mestre de Salto. Ao longo da carreira foi agraciado com 34 (trinta e quatro) condecorações, assinalando-se a Medalha Marechal Hermes, bronze, com uma coroa; a Medalha de Corpo de Tropa com um capacete; a Medalha Mérito Aeroterrestre, bronze, com um paraquedas; a Medalha da Ordem do Mérito Naval e Aeronáutico, no Grau de Grande Oficial; e a Medalha da Ordem do Mérito Militar José Maria Córdova – Comendador/Colômbia. É membro da Academia de História Militar Terrestre do Brasil desde dezembro de 2012, onde ocupa a cadeira nº 5 "Marechal Tasso Fragoso".

DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES

PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Ministro do Superior Tribunal Militar

CIRELENE MARIA S. RONDON DE ASSIS
Capitão do Exército Brasileiro

Os soldados não são como os outros homens – eis a lição que aprendi de uma vida entre guerreiros[99].
(John Keegan, professor da Real Academia Militar de Sandhurst)

SUMÁRIO: I - Introdução ao Direito das Operações Militares - Evolução histórica; II - Conceito; III - Conteúdo, critérios para definição e fontes; IV - Objetivos; V - Interpretação do Direito das Operações Militares; VI - Relação com outros ramos do Direito; VII - Regime Jurídico, princípios de Direito das Operações Militares; VIII - Direito Comparado; IX - Conclusão; e Referências.

RESUMO: A proposta do presente artigo é apresentar ao leitor, de forma concisa e direta, o Direito das Operações Militares, ramo emergente da ciência jurídica de estreita relação com o emprego operacional de tropas militares. Matéria interdisciplinar integrante do Direito Público que visa, por meio das normas internacionais, nacionais, táticas e estratégicas das Forças Armadas, das diretrizes governamentais e das jurisprudências correlatas, propiciar aos comandos militares o suporte legal para a execução de cada uma das etapas das operações militares. O desiderato da disciplina é integrar o direito às operações militares, buscando conferir legitimidade e legalidade aos resultados operacionais e à proteção legal a quem delas participa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Operações Militares. Emprego operacional de tropas militares. Direito integrado às operações.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present to the reader, in a concise and direct way, the Military Operational Law, an emerging branch of legal science that is closely related to the operational use of military troops. It is an Interdisciplinary Subject of Public Law that aims, through the international, national, tactical and strategic standards of the Armed Forces, of governmental directives and related jurisprudence, to provide military commands with the legal support for the execution of each one of the stages of the military operations. The discipline's aim is to integrate the law into military operations, seeking to

[99] KEEGAN, John. *Uma História da Guerra*. 1. ed. São Paulo: Ed. Schwarcz, 1995. p. 16.

confer legitimacy and legality to the operational results and legal protection to those who participate.

KEYWORDS: Operational Military Law. Operational employment of military troops. Integrated law on operations.

> O **Direito das Operações** é o único **Direito** capaz de proporcionar a mais completa, necessária e imprescindível **segurança jurídica** aos comandantes, oficiais e praças designados para executar missões fora do Quartel – seja no território nacional ou no exterior, em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), ações subsidiárias ou outras na conformidade da lei. A almejada **segurança jurídica** é a resposta legítima, constitucional e legal que se obtém do manejo doutrinário e científico da Ciência do Direito, na equação de uma problemática que o Direito Comparado – continental e europeu – vem construindo desde os anos 1980.
>
> As instituições militares e as instituições jurídicas que operam o Direito Militar de forma ampla – Justiça Militar, Ministério Público Militar, Advocacia-Geral da União, Defensoria-Pública da União, entre outras – e as organizações civis formadas por militares, magistrados e membros do MP, os Clubes Militares e as associações de classe e entidades que se dedicam ao estudo desse ramo do Direito, são os precursores e principais protagonistas desse debate em nosso país, o qual deve, a partir dessa origem, ampliar-se para o ambiente acadêmico e político.

I - INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A proposta do presente artigo é apresentar ao leitor, de forma concisa e direta, o *Direito das Operações Militares*, ramo emergente da ciência jurídica de estreita relação com o emprego operacional de tropas militares.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, mister se faz tecer uma síntese conjuntural histórica sobre a sua gênese.

Desde 1582, quando o jurista Balthazar Ayala publicou a obra clássica "De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari" e, após, com os estudos de Hugo Grotius (1583-1645), as civilizações buscam reduzir o sofrimento e a injustiça causados pela guerra, estabelecendo uma doutrina para o uso justo da força e a diminuição dos danos de toda ordem.

Às lições de Ayala somaram-se o livro "De Iure Belli ac Pacis" (Direito da Guerra e da Paz), precursor da teoria de humanização e legalização da guerra, escrito por Grotius em 1625. Essas duas obras são consideradas pela doutrina como as pioneiras no âmbito do Direito Internacional Humanitário (DIH).

Ao substancial desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário (DIH) e do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) a partir da segunda metade do século XIX agregou-se, após a 2ª Guerra Mundial, a incessante preservação dos Direitos Humanos, cujo marco fixou-se com a Carta das Nações Unidas (1945).

A doutrina especializada sustenta que as regras de engajamento, enquanto normas de emprego operacional das tropas militares, aferem validade jurídica no Direito das Operações Militares.

Essas diretrizes normativas de condutas, provavelmente, teriam sua origem histórica atrelada à Batalha de *Bunker Hill*, de 1775, ocorrida no curso da Guerra da Independência das 13 Colônias Americanas. E sob a ordem do Coronel W. Prescott "Não atirar até ver o branco dos olhos do inimigo", vislumbraram-se os primórdios das regras de engajamento. Estabeleceu-se, embora incipiente, um limite de conduta do soldado no combate.

Há, ainda, quem atribua o nascedouro do instituto ao príncipe Carlos da Prússia e a Frederico, o Grande, respectivamente, durante a campanha contra as tropas austríacas em 1745 e em Praga no ano de 1757.

Na Guerra de Secessão, o jurista alemão radicado nos Estados Unidos, Francis Lieber, a pedido do Presidente Lincoln, criou um sistema normativo de regras de condutas destinado às tropas em campanha, denominado, *"Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field"*, publicado em 1863.

O documento ficou conhecido como Código Lieber. Esse manual prescrevia regras sobre todos os aspectos da condução da guerra terrestre, com o objetivo de evitar sofrimentos desnecessários e limitar o número de vítimas do conflito.

Apesar de ter sido um documento de ordem interna, redigido e promulgado unilateralmente para que fosse aplicado em uma situação de guerra civil, o Código Lieber serviu como fonte material para uma série de esforços normativos que se iniciaram na sociedade internacional, no século XIX, na medida em que, como dito, trazia em seu bojo um conjunto de disposições relativas à condução das hostilidades que posteriormente se consagrariam por costumes ou se materializariam em diplomas legais.

No intuito de cada vez mais estabelecer regras de comportamento durante os conflitos armados, no decorrer dos tempos, houve a necessidade de que o Direito fosse incorporado de forma ostensiva às condutas das tropas em estado de beligerância.

A batalha de Solferino, ocorrida no norte da Itália, em 24 de junho de 1859, foi um episódio decisivo na luta não apenas pela unificação da Itália, mas também um momento importante na evolução do Direito Humanitário, que, sem dúvida, hoje é parte significativa do conteúdo do *direito operacional*.

As preocupações brasileiras em regular as condutas dos militares do Exército em relação aos prisioneiros de guerra foram contemporâneas às já citadas norte-americanas. Tanto que, em 25 de dezembro de 1865, quando o país ingressava no segundo ano da Guerra da Tríplice Aliança, o Ministério da Guerra expediu as Instruções para o Tratamento dos Prisioneiros de Guerra. Nesse diploma buscou regular o modo de captura, classificação e distribuição daqueles capturados; os aprisionados sob palavra; os depósitos de praças, a polícia e a disciplina, e o trabalho.

Ao final do documento, dispôs que aquelas instruções serviriam de "regras" a serem observadas por todas as autoridades militares.

Notadamente, essas diretrizes de conduta adquiriram seu verdadeiro valor como ferramenta para controlar e gerir o uso da força durante o período da Guerra Fria. Ressalte-se que a denominação Regras de Engajamento foi utilizada pela primeira vez durante a guerra do Vietnã[100].

A percepção de que o direito deveria se integrar às operações militares adveio quando os Estados Unidos, após aquele conflito (1955-1975), se viram obrigados a repensar a questão da legalidade, da legitimidade e da segurança jurídica das operações de combate.

Tal postura decorreu da repercussão negativa gerada pelas Forças Armadas na opinião pública durante a campanha do Vietnã. Em que pese tenham atuado sob o manto de regras de engajamento e de acordo com as leis da guerra, episódios isolados acabaram abalando a credibilidade nacional e internacional relativas à atuação das tropas.

Nesse contexto de permanente estudo do tema, surgem, no final dos anos 1970, pesquisas sobre o direito operacional, sendo precursores juristas norte-americanos. Os resultados da Guerra do Vietnã, críticas e acusações públicas que se seguiram de episódios ocorridos nesse conflito levaram a estabelecer uma mudança de paradigmas jurídico-operacionais. Decorridos quarenta anos do término do conflito, restam inúmeras pendências jurídicas para reparações ambientais e vultuosas indenizações por danos produzidos pelo uso

[100] HUMPHRIES, John G. (TC USAF). *El Derecho Operacional y el Reglamento de Combate en las operaciones Escudo del Desierto y Tormenta del Desierto*. Revista Air & Space Power Journal. 2º Trimestre de 1993. Disponível em: <http://www.au.af.mil/au/afri/aspj/apjinternational/apj-s/1993/2trimes93/humphries.html>. Acesso em: 7 set. 2017.

do agente desfolhante laranja lançado por aeronaves militares. Estima-se em 400.000 o número de vítimas, nascidas após o conflito, portadoras de graves enfermidades devido à contaminação química por agente laranja. Além disso, busca-se processar empresas civis que forneceram o agrotóxico para uso bélico.

"Os soldados que retornaram do Vietnã foram recebidos com uma desconcertante combinação de hostilidade e descaso", escreveram os historiadores do Centro de História Militar do Exército dos Estados Unidos[101].

Assim, logo após a retirada das forças estadunidenses daquela região asiática, passou-se a empreender estudos no meio castrense para definir uma doutrina que trouxesse maior segurança jurídica às tropas em operações e compatibilizasse o planejamento estratégico com medidas de controle da legalidade das condutas e procedimentos no teatro de operações.

Nesse rumo, a invasão de Granada (Out-Dez 1983), com a Operação "Urgent Fury" pode ser reconhecida como fator a impulsionar esse estudo em razão de denúncias de bombardeios sobre propriedades civis, violação de regras com prisioneiros e outros danos. Nela, empregaram-se cerca de 7.000 combatentes dos EUA e outros 2.000 de países do Caribe. A vitória militar, todavia, viu-se diminuída por denúncias de condutas operacionais incompatíveis com o direito interno e o direito internacional, provocando reflexões sobre a necessidade de uma lei operacional.

Para o jurista norte-americano D. E. Graham, que, em 1987, publicou o artigo "Operational Law – A Concept Comes of Age" (Revista "The Army Lawyer", Jul. - p. 9-12), a Operação Urgent Fury constitui a "gênese do Direito das Operações Militares"[102]. E o conceituou como "um Direito cuja aplicação se destina às operações militares".

Também denominado na América do Norte de "Direito Bélico", o Direito Operacional alcançou plena maturidade, segundo autores norte-americanos, com a 1ª Guerra do Golfo (1991), nas Operações Escudo do Deserto e Tempestade do Deserto, nos teatros do Kuwait e Iraque.

Segundo análise do Coronel John Humphries[103], do Departamento de Direito Operacional da USAF, "o exercício do Direito Operacional teve um papel importante para o êxito da campanha". No interessante texto que publicou, intitulado "Regras de Enfrentamento – ROI como paradigma do Direito

---

[101] SCHUBERT, Frank e KRAVI, Thereza. *Tempestade do Deserto*. Centro de História Militar do Exército dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército-Editora, 1998.

[102] LEÓN, Rodrigo Lorenzo Ponce de. *Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de Derecho en Operaciones Militares*. Madrid: Revista Española de Derecho Militar. Nº 99, 2012, pp. 37-220.

[103] HUMPHRIES, John G. (TC USAF), op. cit.

Operacional", relata que em 43 dias ocorreram cerca de 120.000 voos da coalizão naquele território, 60% em missões de combate, sendo que assessores jurídicos participavam da "depuração dos objetivos", ou seja, analisavam as implicações legais dos bombardeios. Isso representava, segundo ele, de 2.000 a 3.000 casos diários. Evitou-se, por exemplo, que bombas atingissem as ruínas de Ur, templo construído 2.400 a.C., isto porque, ao seu lado, a Força Aérea Iraquiana estacionou uma esquadrilha de Mig-21. Contudo, o bombardeio do *bunker* Al Firdos de Bagdá, em 13.02.1991, trouxe grande dor de cabeça à coalizão, porque lá se encontravam centenas de civis introduzidos por militares iraquianos, mas se tratava de um objetivo militar legítimo.

Elementos jurídicos atuando com os comandantes estabeleceram uma "Lista Conjunta de Objetivos Vedados", a qual incluía hospitais, escolas, prédios e monumentos culturais. Ademais, a cultura da lei operacional disseminada entre as tripulações de aeronaves resultou em que cerca de 25% das missões de combate regressassem sem lançar suas cargas porque não podiam ter certeza jurídica de que o objetivo não envolvia risco de ilegalidade.

Definir o objetivo militar válido é apenas uma das facetas do Direito Operacional. Na 1ª Guerra do Golfo, até 2 horas antes do início do primeiro ataque, militares podiam procurar um assessor jurídico para instituir ou alterar *on-line* questões previdenciárias, nominando beneficiários e escolhendo valores de seguro[104].

A mobilização da Força Expedicionária dos Estados Unidos com cerca de 800.000 militares exigiu a construção de arcabouço jurídico em diversos campos do Direito, desde o recrutamento e transformação de um Porto da Virgínia em porto militar, com a militarização dos serviços de estiva, cujos trabalhadores ameaçavam greve e recusavam o trabalho nas 24 horas.

A partir do final dos anos 1980, diversos países adotaram a nova doutrina, optando-se pela denominação de Direito Operacional: Estados Unidos (Operational Law), França (Droit Opérationnel), Itália (Diritto delle Operazioni Militari), Canadá (Droit Opérationnel), Reino Unido (Manual of Service Law), Bélgica (Droit Opérationnel), Colômbia, Espanha, Chile, Honduras, Equador (Derecho Operacional Militar), Suíça, Austrália.

Na Espanha, consoante as palavras do General Auditor Carlos Eymar Alonso[105], o Direito Operacional surgiu após pesquisas realizadas pela Escuela

---

[104] Ibidem.

[105] ALONSO, Carlos Eymar. El Título IV de las Reales Ordenanzas a la Luz del Derecho Militar Operativo *in Revista Española de Derecho Militar*. Ministerio de Defensa. nº 93, enero-junio 2009.

Militar de Estudos Jurídicos em conjunto com França, Itália e Estados Unidos, realizados nos idos de 1999/2000, cujo objetivo era analisar e obter respostas para os problemas jurídicos que as Forças Armadas espanholas enfrentavam em relação à aplicação do direito interno no decurso das operações internacionais.

Nesse sentido, seguindo o modelo estadunidense, aportou a necessidade de qualificar os membros do Corpo Jurídico Militar sobre o trato das questões legais surgidas no âmbito das operações militares extramuros.

Como produto da compilação desses estudos, em 2001, o Ministério da Defesa da Espanha editou o livro *"Lecciones de Derecho Operativo",* considerado o marco do surgimento das normas operacionais castrenses naquele país como matéria autônoma. O General Alonso aponta, ainda, a grande influência que *Operacional Law* norte-americana teve no surgimento do Direito das Operações Militares espanhol.

No Brasil, em que pese a doutrina ainda não ter adotado o Direito das Operações Militares como disciplina autônoma, inconteste seu desenvolvimento pragmático, haja vista que, sob o manto do Estado Democrático de Direito, inconcebível a realização de qualquer operação militar à margem da lei.

De fato, inegável que, sem espaço para retrocessos, é tendente e crescente a consolidação e a afirmação globalizada da Lei Operacional Militar como ramo autônomo do Direito.

Como se vê, é, portanto, uma disciplina jurídica emergente que busca regular a legalidade do uso da força nas operações militares. Como tal, é ramo especializado e autônomo da Ciência legal.

II - CONCEITO

Conceitualmente, o Direito das Operações Militares é reconhecido como matéria interdisciplinar integrante do Direito Público que visa, por meio das normas internacionais, nacionais, táticas e estratégicas das Forças Armadas, das diretrizes governamentais e das jurisprudências correlatas, propiciar aos comandos militares o suporte legal para a execução de cada uma das etapas das operações militares.

Outorga, assim, por intermédio do trabalho conjunto com as ciências militares, legalidade, segurança jurídica, análise, inteligência e humanidade às atividades típicas castrenses, sejam elas operações de guerra sejam de não guerra.

O professor Miguel Alía Plana[106] conseguiu, de forma singular, estabelecer um conceito didático do novel ramo do Direito:

> En una primera aproximación, el Derecho operativo se define como aquella rama del Derecho militar formada por el conjunto de normas públicas nacionales e internacionales que regulan la actividad de las Fuerzas Armadas en operaciones. También puede definirse, de forma más sencilla, como cuerpo legal que regula las operaciones militares y las materias conexas, lo cual es tanto como decir que regulan la actuación de las FAS en campaña, el Derecho del comandante en operaciones. Por ello es la esencia del Derecho militar contemporáneo, ya que su razón es regular los despliegues operacionales en tanto que tales son las principales actividades de las fuerzas armadas.

A projeção dos estudiosos do direito emergente é que a lei operacional se torne tão significativa para o comandante quanto o apoio ao fogo e a logística[107].

No "Manual de Derecho de las Operaciones Militares" do Ministério da Defesa do Equador, editado em 2014, restou definido:

> Podemos conceptualizar el derecho en las operaciones militares como: la recopilación multidisciplinaria de varias ramas del derecho tanto internacional como interno, que sirve al comandante para planificar y conducir las operaciones militares conforme a la Ley.

Em 2016, as Forças Armadas da Colômbia divulgaram o Manual "MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre", discriminando "a responsabilidade pelo uso da força em cinco áreas do Direito: penal, disciplinar, administrativo, penal internacional e fiscal". E assinalou:

> El presente Manual Fundamental del Ejército, Derecho Operacional Terrestre, tiene gran importancia, toda vez que establece los principios y los marcos jurídicos para hacer uso de las armas del Estado en aras de garantizar el libre ejercicio de los derecho de la población civil. Así mismo, desarrolla los fundamentos de la responsabilidad que puede generarse en esta función, para que el comandante militar (en todos los niveles del mando) tome las medidas preventivas y correctivas en la conducción de las operaciones militares [...].

Referida publicação traz, ainda, o entendimento doutrinário desse novo ramo do Direito.

> El Derecho Operacional se entiende como la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y

---

[106] PLANA, Miguel Alía. Concepto de Derecho Operativo *in Manual de Derecho Operativo*. Madrid: Marcial Pons, 2015. pp. 71-83.
[107] Ibidem.

> la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones operativas y procedimientos de la Fuerza Pública; el cual regula la conducción de hostilidades y otras misiones militares en tiempos de guerra, transición, estabilización o paz, en cuanto al uso de la fuerza [...].
>
> Así pues, a nivel conceptual, se ha sostenido que el derecho operacional es un cuerpo normativo encargado de regular la planeación, preparación, ejecución, evaluación y el seguimiento de cualquier operación militar ya sea ofensiva o defensiva, que se desarrolle en tiempos de paz o bien en tiempos de guerra.

III - CONTEÚDO, CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO E FONTES

O Direito das Operações Militares é composto por todas as legislações que possuam impacto no desenrolar das operações militares e cuja aplicação auxilia seu êxito. Assim, é lícito afirmar que o seu conteúdo é aberto e em expansão: o chamado *checklist* jurídico ou normativo. Alonso destaca que o novo ramo do Direito tem abarcado maiores espaços jurídicos em função das exigências que têm sido impostas na atual realidade das operações militares[108].

> Desde el 2006, se vienen distinguiendo los siguientes capítulos: Uso de la fuerza, reglas de enfrentamiento, SOFAS, y asistencia legal en los lucha contra el terrorismo, operaciones internas, operaciones de evacuación de combatientes, operaciones especiales y asuntos civiles. A ellas hay que añadir una remisión a la publicación Joint Pub 3-07, en la que casi volvemos a entrar en el sistema de checklist, con una alusión a las siguientes operaciones: Control de armamentos, terrorismo, drogas, imposición de sanciones, interceptación marítima, imposición de zonas de exclusión, seguridad de libertad de navegación y vuelo, asistencia humanitaria, apoyo militar a autoridades civiles, operaciones de paz.

O desiderato da disciplina é integrar o direito às operações militares, buscando conferir legitimidade e legalidade aos resultados operacionais e proteção legal a quem delas participa.

Nesse viés, qualquer disciplina capaz de potencializar a concretização dos objetivos militares e atribuir maior grau de segurança jurídica integrará o nominado Direito das Operações Militares. Nesse aspecto é reconhecida sua multidisciplinaridade.

Cabe aqui assinalar que até mesmo os contratos sobre provedores privados militares com fins de recrutar pessoal civil para complementar as Forças Armadas a serviço do governo, em face da sua natureza *sui generis*, estariam sob o manto da norma operacional.

---

[108] ALONSO, Carlos Eymar. Op. cit.

Evidente que essas relações jurídicas especiais não são entabuladas apenas nos períodos de conflito armado, mas também em situações de paz, como nas operações internas de garantia da lei e da ordem.

A teor da Portaria Normativa nº 3.810/MD, de 8 de dezembro de 2011, no Brasil, as operações de não guerra ocorrem, segundo o Ministério da Defesa, quando o poder militar for empregado sem implicar ações de efetivo combate, exceto em circunstâncias especiais, onde esse poder é usado de forma limitada, em situação de normalidade institucional ou não, tais como: garantia dos poderes constitucionais; garantia da lei e da ordem (GLO); prevenção e combate ao terrorismo e proteção da faixa de fronteira; defesa civil e ajuda humanitária; ações sob a égide de organismos internacionais; e/ou emprego em apoio à política externa em tempo de paz ou crise.

Sem embargo, essas ações militares, de igual forma, são desempenhadas sob a égide de regras de engajamento, por conseguinte, sob os auspícios dos normativos e dos princípios do Direito Operacional.

Ocorre que, em razão da ausência da consolidação do Direito Operacional no Brasil, aliado ao seu desconhecimento por grande maioria dos operadores do direito, em especial o Judiciário, as lides de toda ordem envolvendo o emprego das Forças Armadas, principalmente em segurança pública, na sua esmagadora maioria, não têm sido apreciadas nesse viés.

Nesse mister, para que se tenha a nítida noção da legalidade da atuação da tropa, faz-se necessária uma filtragem do emprego frente ao regime jurídico do Direito Operacional, tendo como ápice a Constituição Federal e passando pelas normas de direito administrativo, civil, previdenciário, penal e processual militar, tratados internacionais, até chegar às regras de engajamento da operação. Tudo por meio da base principiológica que rege o emprego do braço armado do Estado.

IV - OBJETIVOS

Doutrinariamente, o Direito das Operações Militares tem por objetivo principal proteger os direitos e as garantias fundamentais dos participantes e não participantes das operações militares. Para isso, busca identificar o marco legal da missão e zelar pelo seu respeito na preparação, no planejamento, na execução da ordem de operação, bem como nas consequências das ações militares.

A observância dos normativos jurídicos correlatos e sua reprodução nas regras de conduta da tropa de forma individualizada, em cada ordem de emprego, visam regular os meios e o uso da força, reduzir os impactos das

operações militares nos aspectos econômicos, políticos, socioculturais e ambientais no âmbito nacional e internacional, além de consolidar o Direito das Operações Militares por meio do respeito aos seus postulados básicos.

V - INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES

No direito brasileiro, toda aplicação de lei deve ser precedida de interpretação. A atividade exegética deve sempre ter seu início no parâmetro constitucional.

Interpretar é entender e atingir o sentido das normas e captar os fins almejados pela legislação. A interpretação do Direito Operacional está sujeita aos princípios hermenêuticos gerais de qualquer ramo do Direito, obviamente, com o viés constitucional do emprego das forças militares.

Nesse ponto, ao integrar o direito no planejamento de uma operação militar, cabe ao assessor jurídico do comando estudar a viabilidade legal da missão e, com base nos normativos correlatos, emitir o parecer técnico e, se for o caso, estabelecer os parâmetros jurídicos da atuação da tropa no corpo das chamadas regras de engajamento.

No Brasil, o conceito de Regras de Engajamento extrai-se do disposto na Portaria Normativa nº 186/MD, de 31 de janeiro de 2014, que dispõe sobre as operações de "Garantia da Lei e da Ordem".

À luz do Direito Operacional é pacífico que as regras de engajamento, no sentido genérico do documento, possuem duplo caráter, a saber: função técnica diretiva da finalidade da operação e referencial jurídico da sua legitimidade. Natureza dúplice que reclama a participação na sua confecção tanto de militares da linha combatente quanto dos da linha complementar que, obviamente, esses últimos especializados em direito das operações castrenses.

Notadamente, as regras de engajamento, na parte que trata da legalidade da missão, seriam o produto final da interpretação do Direito Operacional após a exegese do assessor jurídico militar. No entanto, não é o único resultado, pois diversos outros atos administrativos podem resultar dessa citada área técnica.

VI - RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

A disciplina do Direito das Operações Militares encontra pontos de interseção com diversas outras áreas das ciências jurídicas.

Direito Constitucional: o Direito das Operações Militares tem como fonte direta normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder, notadamente, quando busca regular as atividades de um dos elementos orgânicos da Constituição Federal: as Forças Armadas, instituições incumbidas da defesa da Pátria, da garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer

destes, da lei e da ordem. Como tal, busca sua validade nas regras encartadas na Constituição da República.

Direito Eleitoral: as Forças Armadas têm sido empregadas com frequência no apoio ao processo eleitoral. Nesse aspecto, conseguem contribuir para que o Estado efetive o direito fundamental do cidadão ao voto, ainda que nos rincões do Brasil.

Direito Administrativo: as Forças Armadas, como ente público, não estão isentas de incidência desse ramo do Direito. Todavia, há aspectos especiais envolvendo aquisição de produtos de defesa, armamento e munição, que podem recomendar um viés peculiar nos processos licitatórios ou, até mesmo, flexibilizá-los nos casos de emprego operacional emergencial. Há nesse campo também o direito disciplinar.

Direito Ambiental: a Lei Complementar 97/99, que trata da organização, preparo e emprego das Forças Armadas, elencou uma série de atribuições às Forças singulares, dentre as quais a repressão ao crime ambiental.

Direito Civil: as ações decorrentes do emprego operacional de tropas, em ambiente urbano ou não, podem desencadear responsabilidade civil tanto para o Estado quanto para o particular.

Direito Penal Militar: contempla o rol de delitos tipificados como crimes militares, bem como o conjunto de regras e princípios que amparam a dogmática penal castrense.

Direito Processual Penal Militar: conjunto de regras e princípios que disciplinam a apuração, a instrução processual e o julgamento dos crimes militares.

Direito Internacional Humanitário: nos dizeres de Christophe Swinarski[109]:

> O Direito Internacional Humanitário é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.

Evidente que o elenco é meramente exemplificativo. O Direito é dinâmico, o entrelaçamento entre Direito das Operações Militares e os demais ramos da ciência jurídica irá depender do caso concreto. Podemos citar até a possibilidade do imbricamento com o Direito Informático ou Cibernético.

---

[109] SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección a la persona humana*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.

VII - REGIME JURÍDICO, PRINCÍPIOS DE DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES

Das inúmeras passagens em que a Carta Magna de 1988 cita os militares podem ser extraídos alguns princípios, a saber: Princípio da hierarquia e da disciplina; Princípio da desconcentração das Forças Armadas em Marinha, Exército e Aeronáutica e das Forças Auxiliares; Princípio da permanência e da regularidade das Forças; Princípio da subordinação das Forças; Princípio da destinação estrita; Princípio da obrigatoriedade do serviço militar ou da Nação em Armas; e Princípio da derrogação parcial das liberdades políticas e dos direitos fundamentais dos militares.

Desses postulados e de normativos correlatos, extraem-se alguns outros, tais como:

Uso Progressivo da Força – corolário da legalidade, objetiva estabelecer o instrumento normativo que autoriza e dosa a conduta operacional; calcada no critério da necessidade e da adequação da ação militar.

Prevalência dos direitos humanos – em qualquer situação de emprego, as ações operacionais militares têm por condicionante o respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana tanto nas operações de guerra como nas de não guerra.

Razoabilidade e proporcionalidade nos meios de emprego – nas operações militares o uso da força sempre terá por parâmetro a razoabilidade e a proporcionalidade (adequação dos meios necessários aos fins do emprego operacional da tropa, com o desiderato de evitar os excessos).

Subsidiariedade do emprego das Forças Armadas – salvo situações de defesa da pátria, o emprego das Forças Armadas ocorrerá de forma extraordinária e complementar aos demais órgãos estatais. As Forças Armadas sempre são empregadas como a *ultima ratio* do Estado.

Decisão política do emprego – à exceção de previsão legal expressa, a realização de operações militares depende de determinação do Presidente da República, comandante supremo das Forças Armadas.

Precaução: refere-se às medidas anteriores que devem ser tomadas previamente à realização de um ataque, a fim de garantir, entre outros, o princípio da distinção, humanidade, proporcionalidade. Como um dos modos de externalização do postulado pode ser elencada a criação do Quadro de Assessores Jurídicos Operacionais, cuja principal função é aconselhar os comandantes militares na tomada de decisões. Esses profissionais devem ser bacharéis em Direito e preparados para assessorar sobre questões de Direito Operacional no decorrer do planejamento, da execução e da avaliação de operações militares.

O assessor jurídico operacional é um advogado das Forças Armadas familiarizado com operações castrenses e conhecedor dos direitos humanos e das leis que se aplicam aos militares. Em países que reconhecem o Direito Operacional como disciplina autônoma esses assessores também fazem avaliações de inteligência e analisam a adequação jurídica das operações militares de acordo com o marco legal aplicável – como é o caso dos Estados Unidos.

A demanda pela observância da necessidade de auxílio legal aos Comandantes de Forças não é novidade nos textos normativos. Citamos aqui o art. 82 do Protocolo I adicional às convenções de Genebra, que trata da Proteção das Vítimas de Conflito Armado de Caráter Internacional, internalizado pelo Brasil mediante o Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993:

> Artigo 82
>
> Assessores Jurídicos nas Forças Armadas
>
> As Altas Partes Contratantes em qualquer tempo, e as Partes sem conflito armado, assegurar-se-ão de que, quando necessário se disponha de assessores jurídicos que assessorem aos comandantes militares, ao nível adequado, sobre a aplicação das Convenções e do presente Protocolo e da instrução apropriada que deva ser dada às Forças Armadas.

O Manual de Campanha do Exército, C-101-5, *Estado-Maior* e *Ordens*, 2º volume, no item "A-12. DISCIPLINA E JUSTIÇA MILITAR", ao tratar das generalidades, afirma que "O assessor jurídico é responsável direto pela supervisão e orientação da administração da justiça militar na organização [...]".

Do mesmo modo, a existência de regras de engajamento representam a implementação do princípio da precaução, além de cumprir os princípios de distinção e proporcionalidade; é mecanismo básico para a alta administração decidir quando empregar uma tropa militar e a quantidade de força que pode ser usada. Determina o grau e as modalidades de aplicação desta força, bem como os limites dentro dos quais um comandante pode agir.

As regras de engajamento são a soma de vários fatores, incluindo o quadro legal de operações, instruções políticas e militares.

Evidente que, em face da multidisciplinaridade do Direito das Operações Militares, há um leque em expansão dos postulados aos quais se deve observância, ainda que não estejam eles explícitos ou até mesmo nominados.

VIII - DIREITO COMPARADO

Não apenas os Estados Unidos, a Espanha e a Colômbia que se renderam à necessidade do Direito Operacional, mas também outros países vêm ressaltando a importância dessa ferramenta de apoio ao comando das forças

castrenses, como é o caso do Canadá. Para os canadenses, esse ramo especial do Direito Militar tornou-se uma parte essencial da condução das operações militares: as leis aplicáveis a essas missões impactam em cada comando. O comandante moderno deve ter um conhecimento e apreciação dos aspectos legais da condução do emprego das tropas.

Na Austrália, a lei operacional tornou-se um fator e componente indispensável no planejamento e execução das operações militares.

A França não desconhece o Direito das Operações Militares. E entende que o fenômeno da judicialização também afeta o soldado[110].

> Os militares franceses perceberam a importância do direito em sua missão. Este é um assunto que não pode mais ser evitado nas operações e com o qual as forças armadas devem lidar. Embora seja difícil conhecer e aplicar todas as disposições legais, o papel do assessor jurídico é apoiar o comando na sua tomada de decisão e também formar a lei operacional. Os vários ramos especializados do direito e dos conflitos armados também fazem parte dos conhecimentos do assessor jurídico. É essencial substituir a desconfiança do pessoal militar pelo conhecimento da lei, o que, nesse aspecto, representa um esforço dos profissionais de direito operacional.

Há notícias da existência do Direito Operacional em Israel desde 1948[111].

A criação da Escola de Direito Internacional Humanitário do Exército da Colômbia, em 2009, proporcionou notável avanço para a doutrina do Direito Operacional naquele país.

Na Europa, Espanha é o país que mais debateu a doutrina, com a participação de juristas de renome e a *Escuela Militar de Estudios Jurídicos* (EMEJ), estabelecimento do Ministério da Defesa onde são formados os Oficiais do Corpo Jurídico das Forças Armadas e Guerra Civil. Desde 2001, a *Escuela* mantém cursos de especialização em *Derecho Operacional*.

Importante ressaltar que, em 1995, foi criado, no Panamá, o Comitê Jurídico Militar das Américas (COJUMA), contando com a colaboração de oito países da América Central e do Sul. A ideia inicial foi a de trabalhar em conjunto para fazer um estudo comparativo dos sistemas de justiça militar nas Améri-

---

[110] BARAT-GINIES, *Oriane. Le militaire français face audroit*. Disponível em: <https://www.ihedn.fr/sites/default/files/atoms/files/barat_ginies_oriane_le_militaire_face_au_droit_mars2011.pdf>. Acesso em: 7 set. 2017. Tradução livre.

[111] CRAIG, A. Jones. *Frames of law: targeting advice and operational law in the Israeli military*. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0263775815598103>. Acesso em: 26 ago. 2017.

cas. Desde então, o Comitê tem se esforçado para guiar os assessores jurídicos das Forças Armadas e as autoridades civis dos países membros.

É crescente o número de países sul-americanos que vêm despertando para a necessidade de internalizar esse novo ramo do conhecimento jurídico. E propiciar um pouco de alento para os comandantes, para a tropa e para a população civil ao vislumbrarem um esboço, ainda que incipiente, de segurança jurídica no emprego operacional das forças militares.

IX - CONCLUSÃO

Caminhando para a conclusão, consignamos que as regras operacionais sob a ótica do seu conteúdo tático e estratégico não constituem disciplina moderna, ao revés, remontam a tempos longínquos.

Contudo, sem dúvida é inovadora a consolidação das legislações congêneres às operações militares sob o enfoque de ramo autônomo do Direito, tudo com espeque na necessidade cada vez mais crescente da filtragem jurídica constitucional no planejamento, preparo e emprego do braço armado governamental, na vertente promocional e garantidora do próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse conspecto, com acerto o Estado armado se submete ao direito nacional e internacional posto.

Clausewitz[112] afirmou ser a guerra a continuação da política por outros meios; a política de guerra institucionalizada nas regras de engajamento é, certamente, a continuação do Direito por outros meios.

Exatamente nessa vertente que exsurge o ramo jurídico Operacional Militar calcado em base principiológica afeta não apenas aos objetivos militares, mas, primordialmente, ao acatamento das regras caras de Direitos Humanos.

A disciplina operacional como matéria especial do Direito acena para a possibilidade fática e legal da coexistência pacífica e respeitosa entre o uso da força pelo Estado e a garantia de direitos fundamentais, mais precisamente, a dignidade da pessoa humana, em especial daquele que se vê fora do combate.

Certamente louvável o esforço dos Estados e de suas Forças Armadas em debruçar-se sobre o novo ramo jurídico castrense, da mesma forma, digna de aplausos a preocupação constante em criar e adequar as carreiras de asses-

[112] Carl Von Clausewitz, Oficial do exército prussiano, autor da obra "Da Guerra", Publicações Europa-América, abril de 1997.

sores jurídicos militares que, hodiernamente, são componentes essenciais à segurança jurídica das operações militares de guerra e não guerra. E, por conseguinte, corresponsáveis pela garantia do respaldo da legalidade e legitimidade das operações.

Nesse sentido, a Marinha, o Exército e a Aeronáutica contam com Quadro específico de oficiais de carreira qualificados para prestarem o assessoramento jurídico adequado nas operações militares, permitindo que os combatentes não necessitem desvencilhar das atividades para as quais foram formados e, assim, se dediquem inteiramente, com segurança jurídica, às atividades-fins do emprego operacional.

Cabe aqui ressaltar que a Marinha do Brasil foi pioneira em termos de adequação estrutural e, em 2015, criou uma Seção de Direito Operacional no Comando de Operações Navais (Portaria nº 90/Com Op Nav, de 3 de dezembro de 2015).

As Forças Militares não podem divorciar-se das suas missões constitucionais. Sua constante preparação deve incluir conhecimento jurídico operacional, em consonância com as justas proporções e observância aos princípios do Direito das Operações Militares, evitando atuação extra ou infra limites legais.

Uma clara definição jurídica das regras de engajamento, capaz de estabelecer parâmetros de comportamento para todos os envolvidos em uma operação militar, seja ela no âmbito nacional ou internacional, é de fundamental importância para o sucesso da atividade castrense; ao contrário, o desconhecimento ou dúbias interpretações das normas legais podem contribuir decisivamente para o seu fracasso.

O assunto é realidade no plano internacional. O fato de não ter reconhecimento expresso no Brasil não afasta sua incidência tácita, na medida em que não há emprego do braço armado do Estado à margem da lei.

Não estamos aqui a afirmar que devemos importar uma lei operacional nos moldes de determinado país, longe disso, apenas precisamos criar nossa própria disciplina que integra o direito às operações militares, mas, obviamente, adequada à nossa realidade. Isso inclusive em relação à denominação.

O Direito deve ser apto a ofertar segurança jurídica a todo aquele que participa de uma operação militar, seja ela de guerra ou não guerra, seja no âmbito nacional ou internacional.

A operação militar termina quando o último homem está a salvo dos problemas jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Carlos Eymar. *El Título de las Reales Ordenanzas a la Luz del Derecho Militar Operativo. Revista Española de Derecho Militar*. Ministerio de Defensa. nº 93, enero-junio 2009.

AMARAL JÚNIOR. José Levi Mello do. *Análise do Fundamento Jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176558/000848746.pdf?sequence=3>. Acesso em: 16 de nov. 2016.

BARAT-GINIES, Oriane. *Le militaire français face audroit*. Disponível em: <https://www.ihedn.fr/sites/default/files/atoms/files/barat_ginies_oriane_le_militaire_face_au_droit_mars2011.pdf>. Acesso em: 7 set. 2017. Tradução livre.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Ministério da Defesa. MD-34-M-03: *Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas*. 1. ed. Brasília, 2011.

_____. Ministério da Defesa. MD-34-M-02: *Manual de Operações de Paz*. 3. ed. Brasília, 2013.

_____. Ministério da Defesa. MD-33-M-10: *Manual de Garantia da Lei e da Ordem*. 2. ed. Brasília, 2014.

CRAIG, A. Jones. F*rames of law: targeting advice and operational law in the Israeli military*. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0263775815598103>. Acesso em: 26 ago. 2017.

COLÔMBIA. Ministério da Defesa Nacional. *Dirección de Derechos Humanos Grupo de Doctrina Y Asesoría Jurídica*. Bogotá, 2013.

_____. Centro de Doutrina do Exército da Colômbia. *Manual MFE 6-27 - Derecho Operacional Terrestre*. 1. ed. Bogotá, 2016.

EQUADOR. Ministério da Defesa. *Manual de Derecho de las Operaciones Militares*, 2014.

FRANCISCO, Eugenio Pérez de. *Manual de Derecho Operativo*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

FIGUEIREDO, Dehon Padilha. *Direito das Operações Militares: análise dos fundamentos jurídicos do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*. Monografia, 2016.

HUMPHRIES, John G. (TC USAF). *El Derecho Operacional y el Reglamento de Combate en las operaciones Escudo del Desierto y Tormenta del Desierto*. Revista Air & Space Power Journal. 2º Trimestre de 1993. Disponível em: <http://www.au.af.mil/au/afri/aspj/apjinternational/apj-s/1993/2trimes93/humphries.html>. Acesso em: 7 set. 2017.

KEEGAN, John. *Uma História da Guerra*. 1. ed. São Paulo: Ed. Schwarcz, 1995.

LEÓN, Rodrigo Lorenzo Ponce de. *Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de Derecho en Operaciones Militares*. Madrid*: Revista Española de Derecho Militar*. Ministerio de Defensa. nº 99, enero-diciembre 2012.

Normas na prática: intervenção e operações de paz. PUC-Rio. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16289/16289_4.PDF>. Acesso em: 13 nov. 2016.

RICHARD P. DiMeglio. *Training Army Judge Advocates to Advise Commanders as Operational Law Attorneys*. 54 B.C.L. Rev. 1185 (2013). Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss3/13>. Acesso em: 26 ago. 2017.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *Direitos humanos – conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Claudio Alves da. *Direito Aplicado às Operações de garantia da Lei e da Ordem*. Brasília, 2015.

SOUZA, Graziene Carneiro de. *MONUSCO: a atuação brasileira em operações de paz robustas*. *in* BRASILIANA – Journal for Brazilian Studies. Vol. 3, n. 2. (March, 2015).

SCHUBERT, Frank; e KRAVI, Thereza. *Tempestade do Deserto*. Centro de História Militar do Exército dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército-Editora, 1998.

SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección a la persona humana*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.

Nota sobre os autores

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Bacharel em Direito. Especialista em Direito Internacional dos Conflitos Armados (UNB/Universidade de Bochum, Alemanha). Pós-Graduado pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Paraná. Foi Membro do Ministério Público Militar por 35 anos. Ministro do Superior Tribunal Militar.

Cap Cirelene Maria da Silva Rondon de Assis

Bacharel em Direito e Odontologia. Especialista em Direito Penal e Processual Penal Militar pela FIJO PUC/RS. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Ciências Militares pela EsAO. Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro.

EXECUÇÃO DA PENA NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO: ESPECIFICIDADES DA PRIVATIVA DE LIBERDADE

FERNANDO PESSÔA DA SILVEIRA MELLO
Juiz-Auditor

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Natureza Jurídica da Execução Penal; 3. Finalidades da Pena Criminal (Funções da Pena); 4. Fundamentos Principiológicos da Execução Penal; 5. A Execução Penal de Pena Privativa de Liberdade na Legislação Penal Militar; 6. Jurisprudência do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal; 7. Questões Controversas pendentes de Solução na Justiça Militar da União; 8. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar a Execução Penal na Justiça Militar da União, partindo da previsão legal pelo Código Penal Militar e suas distinções com a legislação penal comum, bem como realizar levantamento da jurisprudência aplicável, tanto do Superior Tribunal Militar como do Supremo Tribunal Federal. Conclui que há patente desconformidade com a previsão legal o que vem sendo decidido pelo Poder Judiciário, o que acaba por fulminar por completo a teoria relativa da prevenção geral da pena na seara Castrense.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar. Execução Penal. Código Penal Militar. Código Penal. Jurisprudência. Superior Tribunal Militar. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze the Criminal Execution in the Federal Military Justice, starting from the legal provision by the Military Penal Code and its distinctions with the common criminal law, as well as to carry out a survey of the applicable jurisprudence, both of the Superior Military Tribunal and of the Federal Supreme Court. It concludes that there is a clear disagreement with the legal prediction which has been decided by the Judiciary, which ends up completely fulminating the relative theory of the general prevention of punishment in the Military Court House.

1 INTRODUÇÃO

É inegável e incontroverso o fato de a legislação penal militar demandar alterações legislativas de forma a se amoldar não só ao regramento normativo da Constituição Federal de 1988, mas também à evolução do direito e da própria sociedade.

No entanto, ainda que careça de atualizações mais do que pontuais pelo legislador ordinário, nos é forçoso reconhecer que as regras contidas nos Códigos Penal e de Processo Penal Militar decorrem das especificidades da vida na caserna, em especial a proteção aos princípios da hierarquia e disciplina, tão caros à Marinha do Brasil, ao Exército Brasileiro e à Força Aérea Brasileira.

Vale lembrar que até mesmo, ainda hoje, em algumas oportunidades, se questiona a razão de existência de uma Justiça Militar estruturada de forma independente dos outros ramos do Poder Judiciário. São várias as respostas, mas uma delas merece uma reflexão especial: a vida é o bem supremo do indivíduo, o maior valor tutelado pelo Direito e, por isso, os crimes contra a vida são reconhecidamente os mais graves na legislação de todos os países civilizados.

Entretanto, para os militares integrantes das Forças Armadas, que são obrigados, em determinados momentos e circunstâncias, a morrer e a matar, há outro valor que se sobrepõe à vida. Este valor é a pátria.

Circunstância esta que é absolutamente única, especial, intransponível. E é desse conceito de defesa da pátria que decorre o arcabouço jurídico-normativo que constitui o Direito Penal Militar, e cuja competência para aplicar é da Justiça Militar da União, ramo especializado da Justiça Federal.

As peculiaridades do Direito Militar são decorrentes das ditas especificidades das Forças Armadas e, por essa razão, a única Justiça no Brasil que tem competência para aplicar a pena de morte é essa: a Justiça Militar da União, em tempo de guerra.

A hierarquia e a disciplina constituem os pilares sobre os quais se baseia a carreira militar, e a manutenção desses valores e conceitos exige um rigoroso código de conduta de seus integrantes, normas e regulamentos para que a vida administrativa nas unidades militares e a vida dos próprios militares fora do Quartel seja de rigoroso cumprimento das condutas estabelecidas.

Em sendo assim, indubitável a exigência de regras, direitos, deveres, proibições e procedimentos na legislação penal militar que não encontram similitude na legislação penal comum.

Ora, as circunstâncias da vida militar e dos militares são por demais peculiares que a Constituinte criou uma Justiça Especializada para julgar os crimes militares definidos pelo Código Penal Militar[113].

---

[113] Vale registrar que, para aprimorar o sistema judicial militar atual, é imprescindível a ampliação da competência da Justiça Militar da União para julgar as ações judiciais que tratem de infrações disciplinares e matéria administrativa, previstas no art. 142, parágrafo 3º, X, da CF/88,

Esta deve ser a premissa originária que deve seguir o intérprete do Direito Penal Militar: compreender e assimilar as distinções existentes na legislação especial militar, ainda que usualmente desconhecidas dos aplicadores do direito nos demais ramos da Justiça.

Compreendidas estas distinções como ponto indispensável à hermenêutica castrense, o estudo das normas penais e processuais militares corroboram a própria existência e necessidade da Justiça Militar da União como ramo autônomo especial do Poder Judiciário Federal, sem o qual penderiam sob risco as atividades de defesa da soberania nacional atribuídas às Forças Armadas.

Neste contexto, a execução da sanção criminal imposta pelo Poder Judiciário deve obedecer às regras previstas na legislação aplicável, ou seja, o título executivo penal emanado da Justiça Militar da União, por conseguinte, segue o disposto no Código Penal Militar e não na legislação penal comum – sob pena, merece novo registro, de se esvair a necessidade de uma Justiça Especializada Castrense.

Justifica-se, outrossim, que o Código Penal Militar estabeleça normativos distintos daqueles utilizados pela Justiça Comum Estadual e Federal, vez que as finalidades da pena criminal seguem a tutela dos bens jurídicos relevantes às Forças Armadas.

Não se justifica, por outro lado, afastar a aplicabilidade das regras especiais previstas para a execução da pena no âmbito da Justiça Militar da União pelo simples argumento genérico da "lacuna" normativa.

2 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Execução Penal é a efetivação na prática do comando contido em uma Decisão judicial que aplica uma pena (sanção criminal). Cabe à execução penal efetivar todas as disposições da sentença ou decisão criminal, isto é, consubstancia-se no seu efetivo cumprimento.

O estudo da execução penal na doutrina não é uníssono quanto à sua natureza jurídica. Por se tratar de fase em que atuam no cumprimento da pena, de forma inequívoca, tanto o Estado-Juiz e o Poder Executivo administrador do estabelecimento prisional, há correntes de pensamento diferentes. Vejamos.

Natureza Administrativa: determina que uma vez encerrada a atividade jurisdicional com a prolação da Sentença de conhecimento, se inicia a fase puramente administrativa para a execução penal.

Natureza Jurisdicional: a própria acepção de jurisdição demanda a existência de contraditório entre as partes, o desempenho da ampla e técnica

---

bem como também a modificação da norma que determina a competência do Juiz Civil Togado para presidir os Conselhos de Justiça, e a sua fixação de competência monocrática para processar e julgar civis.

defesa e um provimento imparcial e processualmente correto. A existência de atividades de cunho administrativo no curso da execução da pena não tem o condão de desnaturar sua natureza jurisdicional, bem como atividades de cunho administrativo não afastam a natureza jurisdicional do processo de conhecimento.

Natureza Mista: embora os incidentes do processo se desenvolvam em âmbito judicial, diversos aspectos da execução dependem de atuação administrativa, sobretudo da direção, chefia de disciplina e secretaria dos estabelecimentos penais.

3 FINALIDADES DA PENA CRIMINAL (FUNÇÕES DA PENA)

Ao analisarmos a finalidade da pena criminal num Estado Democrático de Direito, implicaremos, dentre vários fatores, a busca da fundamentação teórica do Direito Penal e seu respectivo sistema jurídico-penal. Tal análise faz-se necessária, pois, ao fundo dos problemas do fim da pena criminal, encontra-se todo um respaldo da teoria geral do Direito Penal, incidindo até mesmo na questão primordial de sua legitimidade.

Relevante, então, não é buscar um conceito geral de pena, mas encontrar um conceito que se adapte ao vigente Estado Democrático de Direito, a partir do que há disposto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

E assim, temos aqui a pena como instrumento de que se vale o próprio Direito Penal para alcançar seus propósitos. A pena atua, dessa forma, como controle dos cidadãos, pressupondo que estes são todos aqueles indivíduos que se encontram sob a jurisdição do Estado e têm a obrigação de atuar conforme a norma. Seu sentido e sua fundamentação devem ser elementos determinantes na definição de sua aplicação.

Assim, mesmo não tendo o legislador ordinário estabelecido expressamente qual é a finalidade buscada pela sanção imposta pelo Direito Penal, buscamos no texto da lei interpretações que nos permitam inferir suas finalidades. O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59 dispõe:

> (Art. 59 do Código Penal). O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime:
>
> I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
> II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
> III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
> IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Grifo nosso).

A partir da interpretação deste dispositivo legal é que buscamos definir qual a finalidade da pena adotada pelo sistema penal brasileiro. A expressão acima grifada é o elemento chave para a análise da intenção da sanção penal no Brasil e que nos passa a ideia do caráter retributivo e preventivo da lei penal.

Teoria Retributiva (Teorias Absolutas): funda-se na exigência de justiça e faz da pena mera retribuição pelo dano causado. Concebe a pena como um fim em si mesmo (justa retribuição), sem a projeção de qualquer outro escopo. Seria, na realidade, o "mal pelo mal".

Teoria Prevencionista (Teorias Relativas): atribui à pena um fim prático imediato de prevenção geral ou especial.

a) Prevenção Geral: objetiva impedir que a coletividade não venha a delinquir. Está ligada à intimidação coletiva da sociedade com a aplicação da pena.

a.1) Prevenção Geral Negativa: a teoria da prevenção geral negativa tem como principal característica a intimidação, praticando o Estado uma coação psicológica sobre todos os homens que façam parte de uma comunidade, estabelecendo normas penais que devem ser rigorosamente seguidas sob a ameaça de uma determinada pena em abstrato cominada. Esta seria uma ideia da contra-motivação aos comportamentos tidos como inaceitáveis e ilegais.

a.2) Prevenção Geral Positiva: esta divisão da teoria da prevenção geral tem foco na função social, ou seja, a pena de acordo com a prevenção geral positiva desempenha uma função útil à sociedade, no intuito de difundir uma conformação da sociedade às normas jurídicas reguladoras de determinado Estado.

b) Prevenção Especial: a pena aplicada deve evitar o cometimento de novos delitos pelo próprio apenado. Busca evitar a reincidência. É a crença na possibilidade da reeducação do condenado.

Teorias Mistas (Teorias Unificadoras ou Ecléticas): muito embora alguns doutrinadores ainda sustentem que a teoria mista detenha apenas finalidade retributiva, a sua finalidade na verdade é uma mistura das duas anteriores, uma vez que isoladamente as anteriores não guardam utilidade. Há índole retributiva pelo injusto causado e, ao mesmo tempo, reeducativa do criminoso. É, segundo a doutrina majoritária, a corrente adotada pelo art. 59 do Código Penal brasileiro.

Teoria Dialética Unificadora de Claus Roxin: esta teoria une as ideias das teorias anteriores, procurando, no entanto, evitar os erros que o autor encontrou ao longo de seus estudos. Claus Roxin buscou nas teorias anteriores os pontos que ele considerava coerentes, juntou-os com a sua própria visão retirando tudo o que ele enxergava como pontos equivocados e produziu sua pró-

pria teoria acerca da pena. É função da pena e do Direito Penal dissuadir indivíduos do cometimento de delitos e só estará legitimada quando esta intervenção estatal se fizer necessária ante a ineficácia de outros meios. Ainda, como um fim último da pena, vê Roxin a prevenção especial, uma vez que a mesma intimida o condenado a não permanecer na vida criminosa. Esta teoria, por unir ideias das citadas e por isso aproximar-se das teorias mistas, guarda coerência com o ordenamento jurídico vigente, e é a ideia que mais se adapta ao Estado de Direito vigente.

4 FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS DA EXECUÇÃO PENAL

Para se estudar a execução da pena criminal, há de se ter sempre em mente os limites constitucionais que restringem a atuação do Direito Penal. É da Constituição Federal que irá derivar todo o arcabouço político material, as normas cogentes delimitadoras e os princípios que emprestam semântica às normas penais.

Os princípios da execução penal são meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas. Funcionam como escudos normativos de proteção do indivíduo e não instrumentos a serviço da pretensão punitiva estatal.

Desta forma, sempre dever ser aplicável, diante do caso concreto, a solução que mais amplie o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia.

Princípio da Humanidade: decorre a proibição tanto de penas cruéis como de qualquer pena que desconsidere o condenado como pessoa humana, ao passo em que assegura ao preso o respeito à integridade física e moral.

Princípio da Não Discriminação das Pessoas Presas: consiste na não discriminação das pessoas presas ou internadas em relação às pessoas em estado de liberdade, um poderoso instrumento de equalização das relações jurídicas na execução da pena e de redução dos danos causados pela experiência penitenciária.

Princípio da Individualização da Pena: a individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve ser observada em três momentos: a) na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; b) na imposição de pena pelo Juiz; c) e na fase de execução da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art. 5º da LEP).

Princípio do *Non Bis In Idem*: este princípio não está previsto expressamente na Constituição, mas sim no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, e possui basicamente três semânticas: a) Processual: ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime; b) Material: ninguém pode ser condenado pela segunda vez em razão do mesmo fato; e

c) Execucional: ninguém pode ser executado duas vezes por condenações relacionadas ao mesmo tempo.

Princípio da Imparcialidade do Juiz: trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. Para assegurar essa imparcialidade, a Constituição estipula garantias (art. 95), prescreve vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbe juízes e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII).

Princípio da Intervenção Mínima: determina que o Direito Penal deve pautar sua atuação à proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade. Desta forma, na seara do Direito Penal Militar há proteção de valores e bens jurídicos sem correspondência na legislação penal comum, mas que ganham destaque e importância diante da vida militar: hierarquia, disciplina e serviço militar, por exemplo.

Princípio da Lesividade: constitui-se no fato de que apenas as condutas que efetivamente afetem de modo relevante direitos de terceiros é que devem sofrer a incidência penal, proibindo-se, assim, a criminalização de condutas internas como pensamentos e sentimentos, e condutas que não ultrapassem o próprio autor, como a autolesão e o crime impossível.

Princípio da Transcendência Mínima ou da Pessoalidade: está contido no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, assim disposto: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

Princípio da Não Culpabilidade ou da Presunção de Inocência: também contido expressamente no texto constitucional determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Este princípio constitucional é objeto de larga discussão jurisprudencial e doutrinária acerca do momento em que o Poder Judiciário pode iniciar a execução da pena, o que foi tratado por meio de julgado recente do Supremo Tribunal Federal.

Princípio da Proporcionalidade: demanda juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem jurídico atingido ou potencialmente colocado sob risco e a privação de outro bem a que alguém pode ser imputado. Baseia-se, entre outras palavras, na relação entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

Princípio da Celeridade: inserido pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, prevê que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a

celebridade de sua tramitação". Foi a materialização da busca por um processo judicial célere.

Princípio *Numerus Clausus*: aplicado à execução penal, consiste em dizer que deve haver correspondência e proporção na relação presos e vagas, buscando-se a sua redução ou, ao menos, a sua estabilização.

5 A EXECUÇÃO PENAL DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR

Como já amplamente registrado, a legislação penal comum estabelece formas de cumprimento da pena privativa de liberdade que não encontram guarida na legislação penal militar.

No Direito Penal comum aplica-se a Lei de Execuções Penais (Lei Federal n. 7.210/84), a qual dá efetividade aos regimes progressivos de cumprimento estabelecidos no art. 33 do Código Penal:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
>
> § 1º Considera-se:
>
> a) **regime fechado** a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
>
> b) **regime semi-aberto** a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
>
> c) **regime aberto** a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. (grifos nossos).

A seu turno, a legislação penal militar normatiza o assunto de forma diferente. Vale registrar, portanto, que o assunto é regulado e tratado de forma expressa e literal pelo Código Penal Militar, mas por medida de política criminal em observância aos princípios da hierarquia e disciplina, indispensáveis à consecução das atividades das Forças Armadas, não faz previsão de regimes progressivos. São os artigos 59 e seguintes do CPM.

> 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 dois anos.
>
> Art. 61 - A pena privativa da 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.
>
> Art. 62 - O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.
>
> Parágrafo único - Por crime militar praticado em tempo de guerra poderá o civil ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte em penitenciária militar, se, em benefício da segurança nacional, assim o determinar a sentença.

Seguindo a regra penal militar, a condenação criminal aplicada pela Justiça Militar de até dois anos de reclusão ou detenção resulta na sua conversão em pena de prisão para condenados militares (recolhidos ao "xadrez"), e cumprida sem regime progressivo. Caso a condenação seja superior a dois anos e sendo o apenado militar, este deve a cumprir em penitenciária militar[114].

Já o civil condenado pela Justiça Militar cumpre a pena em estabelecimento prisional civil, neste caso ficando sujeito ao regime da legislação penal comum.

A mera leitura da legislação penal militar nos permite concluir, sem maiores esforços, que inexiste lacuna normativa a ser preenchida por norma penal comum – não cabendo, portanto, ao Poder Judiciário criar, diante de casos concretos, soluções que são de competência do Poder Legislativo em atividade legiferante.

6 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante da legislação penal militar, que não faz previsão de regimes progressivos de cumprimento de pena, os condenados passaram a litigar perante o Superior Tribunal Militar e o Supremo Tribunal Federal requerendo fosse afastada a legislação especial e aplicada a legislação comum, vez que mais benéfica.

A inteligência da jurisprudência tradicional formada pelo plenário do Superior Tribunal Militar, e não poderia ser diferente, deu integral aplicabilidade à legislação penal militar, afastando por completo a Lei de Execuções Penais e o Código Penal comum aos condenados pela Justiça Militar que permanecessem com a condição de militar[115]. Vejamos:

---

[114] Vale registrar que o art. 73, parágrafo único, "c", do Estatuto dos Militares prevê que o militar da ativa cumpre pena privativa de liberdade no estabelecimento militar, ou seja, caso não exista penitenciária militar, ele cumprirá a pena dentro de uma Organização Militar (atualmente há apenas uma penitenciária militar, no município do Rio de Janeiro).

[115] Ressalta-se, uma vez mais, que o civil apenado pela Justiça Militar cumprirá a pena em estabelecimento civil, razão pela qual será submetido às regras e normas comuns.

> EMENTA. Correição Parcial. Execução Penal. Remição. Crime de deserção. **Cumprimento da pena em estabelecimento penal militar. Lei nº 7.210/84 Inaplicabilidade.** Preliminar de não conhecimento. Rejeição. A correição parcial visa corrigir abusos e erros do juiz e que impliquem inversão tumultuária dos atos e fórmulas de ordem legal do processo. Se o fiscal da lei entender não ser cabível a remição e o juiz assim o faz, viável é a correição parcial para impugnar tal decisão. **A jurisprudência desta Superior Corte Castrense, em consonância com entendimento do STF e STJ, é pacífica no sentido de afastar a aplicação dos institutos da Lei de Execução Penal a sentenciado da Justiça Militar que mantenha sua condição de militar.** Por maioria, rejeitada a preliminar e, no mérito, deferida a correição parcial. (STM - Cparcfe: 1939 RS 2006.01.001939-6, Relator: VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO, Data de Julgamento: 10/10/2006, Data de Publicação: Data da Publicação: 5/12/2006). (grifo nosso).

> HABEAS CORPUS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESERÇÃO. CONDENAÇÃO INFERIOR A 2 (DOIS) ANOS. CUMPRIMENTO DA PENA EM ESTABELECIMENTO MILITAR. L**EI DE EXECUÇÃO PENAL. NÃO APLICAÇÃO.** EXEGESE DOS ARTS. 59 E 61 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. **A Lei de Execução Penal só se aplica ao condenado pela Justiça Militar, quando o sentenciado estiver recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária. Condenado à pena inferior a 2 (dois) anos, consoante a dicção do art. 59 do CPM, o seu cumprimento deverá ocorrer em Estabelecimento Militar**, sujeitando-se o sentenciado às regras previstas na Lei de Execução Penal apenas no caso de condenação superior àquele limite, nos termos do art. 61 do referido Códex. Habeas Corpus denegado. Unanimidade. (STM - HC: 00000342620167000000 RJ, Relator: Cleonilson Nicácio Silva, Data de Julgamento: 22/3/2016, Data de Publicação: Data da Publicação: 7/4/2016 Vol: Veículo: DJE). (grifo nosso).

Este entendimento, porém, que prevaleceu por muitos anos no âmbito da Justiça Militar da União, fora sendo alterado caso a caso por precedentes do Supremo Tribunal Federal que permitiram a aplicação da legislação penal comum, mesmo que sem previsão legal, a condenados pela Justiça Castrense. Veja-se precedente ilustrativo:

> 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 COMUM 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 delinqüente 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.
>
> (...)
>
> 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 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.**
>
> (STF - HC: 104174 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/3/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-093 DIVULG 17-5-2011 PUBLIC 18-5-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00118). (grifo nosso).

No entanto, por uma análise meramente cronológica dos precedentes emanados do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal, aliado ao paradigmático julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959[116] pelo plenário da Suprema Corte no ano de 2006, que declarou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regimes a condenados por crimes hediondos, fica claro o contexto jurídico-político a que estava submetida a Corte ao afastar a aplicação da legislação penal militar no cumprimento da pena.

É que, diante da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, vários outros recursos, *habeas corpus* e ações tiveram a sua *ratio essendi* aplicada de forma a determinar que os diversos juízos do país observassem o regime progressivo de cumprimento da pena – inclusive a Justiça Militar.

---

[116] Por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O assunto foi analisado no Habeas Corpus (HC) 82959 impetrado por Oséas de Campos, condenado a 12 anos e três meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade (atentado violento ao pudor).

Sendo assim, permitiu a Suprema Corte o afastamento da legislação penal militar e determinou que se adotasse o regramento da legislação comum, o que fez com base no argumento de que o Código Penal Militar não estava em situação de compatibilidade com o texto constitucional de 1988, especialmente porque o princípio da individualização da pena exige também a sua aplicação em sede de execução penal.

A partir deste precedente, o Superior Tribunal Militar tem analisado caso a caso a possibilidade, ou não, de afastar a norma especial em favor da norma geral. Alguns precedentes do plenário do STM permitem uma melhor visualização do tema – aplicação da Lei de Execuções Penais na Justiça Militar da União, não só da progressão de regime, mas também de outros institutos que não possuem previsão na legislação militar.

Progressão de Regime de Civil na condição de preso cautelar (recolhido a estabelecimento civil, mas sob jurisdição da Justiça Militar):

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. LEI DE CRIMES HEDIONDOS. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. A Lei nº 8.072/90 não fez referência aos delitos tipificados no Código Penal Militar, razão pela qual não cabe a aplicação da lei dos crimes hediondos na seara da justiça especializada militar, sob pena de hibridismo penal. **Os presos provisórios e aos condenados pela Justiça Militar estão sujeitos as regras disciplinadas pela Lei de Execução Penal, <u>quando recolhidos a estabelecimento sujeito à jurisdição comum</u>**. Ordem denegada. Unânime. (STM – HC: 00000273420167000000 RJ, Relator: Odilson Sampaio Benzi, Data de Julgamento: 7/4/2016, Data de Publicação: Data da Publicação: 4/5/2016). (grifos nossos).

Progressão de Regime de Militar inferior a dois anos (recolhido em Organização Militar):

> DESERÇÃO. RECURSO MINISTERIAL IMPUGNANDO A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO *SURSIS*. RECONHECIMENTO. RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO A PROGRESSÃO DE REGIME. IMPROCEDÊNCIA.
>
> A Lei Penal Castrense **veda a concessão da suspensão condicional da pena ao desertor (art. 88, inciso II, alínea "a", do CPM), bem como a progressão de regime aos militares que forem condenados à pena de reclusão ou detenção de até 2 (dois) anos**, quando não cabível, neste último caso, o *sursis* (art. 59 do CPM).
>
> É firme a jurisprudência desta Corte quanto à recepção constitucional desses artigos.
>
> Apelo do MPM provido e da DPU desprovido.

> Decisão Unânime. (Num: 0000009-08.2008.7.06.0006, Decisão: 31/3/2015, Data da Publicação: 17/4/2015, Rel. Min. Alte Esq Álvaro Luiz Pinto). (grifo nosso).

Prisão Domiciliar na Justiça Militar da União:

> CORREIÇÃO PARCIAL. MPM. REGIME PRISIONAL ABERTO. INEXISTÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO. RECOLHIMENTO NOTURNO NA RESIDÊNCIA DO APENADO. **Não existindo Casa de Albergado para militares do Exército Brasileiro, não há como se determinar o recolhimento do Apenado ao Quartel durante o período noturno e nos finais de semana, pois acarretaria uma situação mais gravosa do que aquela que lhe foi imposta pela Sentença, não havendo previsão legal para tal medida**. Precedente do STF. Indeferimento da Correição Parcial. Decisão unânime (Num: 0000081-66.2014.7.03.0103 UF: RS Decisão: 30/10/2014 Data da Publicação: 7/11/2014). (grifo nosso).

Remissão na Justiça Militar da União:

> SARGENTO EXÉRCITO, CONDENAÇÃO, CRIME RECUSA DE OBEDIÊNCIA. DECISÃO JUIZ-AUDITOR, DECLARAÇÃO **REMISSÃO DIAS PENA.** MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR RAZÕES RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, IMPOSSIBILIDADE CONSIDERAÇÃO SEXTA-FEIRA DIA TRABALHADO. PEDIDO EXCLUSÃO DIA TRABALHADO JORNADA MEIO PERÍODO. DEFESA CONTRARRAZÕES, PRELIMINAR NEGAÇÃO CABIMENTO RECURSO SENTIDO ESTRITO. MÉRITO, DESPROVIMENTO RECURSO, SENTENCIADO TRABALHO INTEGRAL. PROCURADORIA-GERAL JUSTIÇA MILITAR, OPINIÃO, DESPROVIMENTO, **MANUTENÇÃO DECISÃO DECLARAÇÃO REMISSÃO 55 DIAS PENA**. DECISÃO MONOCRÁTICA, MINISTRO RELATOR, JULGAMENTO PREJUDICADO RECURSO SENTIDO ESTRITO, PERDA OBJETO. MILITAR CUMPRIMENTO PENA INTEGRAL. EXTINÇÃO PENA. (STM - RSE: 00001599020147120012 AM, Relator: Alvaro Luiz Pinto, Data de Julgamento: 15/12/2014, Data da Publicação: Vol: Veículo: DJE). (grifo nosso).

Extrai-se desses vários precedentes do Superior Tribunal Militar uma reflexão: seria incoerente admitir a aplicação dos benefícios da LEP em penas privativas de liberdade maiores que dois anos, ainda que cumpridas na OM, e não admitir a mesma aplicação para casos de reclusão/detenção menores que dois anos?

7 QUESTÕES CONTROVERSAS PENDENTES DE SOLUÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Há ainda várias questões controversas no âmbito da execução penal na Justiça Militar da União, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução penal imediatamente depois do julgamento de segunda instância. *Verbis*:

> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E DE ESTELIONATO. ARTIGOS 155, § 4º, II, E 171 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. **EXECUÇÃO PROVISÓRIA SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL.**
>
> (...)
>
> CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal**. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126.292, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016) O referido entendimento foi reafirmado recentemente no julgamento do ARE 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida, tema 925. Na oportunidade, o Plenário Virtual desta Corte **fixou a tese de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"** (...).
>
> (STF - HC: 141818 PR - PARANÁ 0002731-84.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 10/5/2017, Data de Publicação: DJe-099 12/5/2017). (grifo nosso).

A execução da pena após a decisão de segunda instância é medida acreditadora das decisões judiciais e do próprio Poder Judiciário, porém, desafia o seguinte questionamento: na hipótese de Apenado civil, após decisão do Superior Tribunal Militar que confirma a condenação ou reforma decisão absolutória, compete ao Juiz-Auditor a execução penal?

Isto porque a competência para eventual execução definitiva seria do Juízo Estadual, mas, enquanto não houver trânsito em julgado, não haverá o declínio de competência à Vara de Execuções Penais do Estado respectivo.

Estar-se-ia diante de caso de competência absoluta "temporária" da Justiça Militar da União, que iniciaria o cumprimento da pena e, após o trânsito em julgado da pena, faria a remessa definitiva dos autos para o Juízo competente "permanente"? Há que se enfrentar o tema.

Outro assunto também desafiador neste enredo é a competência para expedição, mandado de prisão em caso de Apenado civil na Justiça Militar, tema este que já fora submetido ao crivo da Corte Superior Castrense, mas que ainda requer uniformização de entendimento – os precedentes recentes demonstram não ter o plenário do STM firmado entendimento.

Pela Obrigatoriedade da Expedição independentemente de Regime:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CONDENAÇÃO. EX-MILITAR. PENA SUPERIOR A DOIS ANOS. REGIME ABERTO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. MANDADO DE PRISÃO. CARTA DE GUIA. EXPEDIÇÃO, COMPETÊNCIA DA JMU. EXECUÇÃO PENAL REMESSA DOS AUTOS À VARA DE EXECUÇÕES PENAIS (VEP). 1. **Transitada em julgado a Sentença condenatória que impõe a ex-militar, ou a civil, pena superior a dois anos, compete ao Juiz-Auditor, antes de encaminhar os autos à VEP, expedir o respectivo mandado de prisão e a decorrente carta de guia**, nos termos do art. 594 e seguintes do CPPM. 2. Tratando-se de imposição de regime aberto, **no Mandado de Prisão deverá constar, expressamente, aquela forma de execução da pena**, bem como a determinação de que o Sentenciado seja recolhido à casa de albergado ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, assegure-se a prisão em domicílio. Decisão majoritária. (RSE nº 3-49.2017.7.03,0303/RS, Rel. Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias, Julgamento de 30/6/2017). (grifos nossos).

Pela Não Obrigatoriedade da Expedição no caso de Regime Aberto:

> Recurso em Sentido Estrito. Processo de Execução. Instauração. Condenação do Réu como incurso no art. 303, § 2º, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM, com o regime prisional inicial aberto. Perda da condição de militar. Juízo de execução. Remessa dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS. Manutenção da Decisão em retratação. Negado provimento ao Recurso. Unânime. A perda da condição de militar do Réu transfere a competência da execução da reprimenda para a Justiça Comum, conforme preceitua o art. 62 do CPM, ficando sob a égide da Lei de Execução Penal (LEP). O art. 105 da LEP pressupõe a expedição de guia de recolhimento para a execução, com todas as formalidades. Dessa forma, a interpretação da norma prescinde que o Réu já esteja recolhido em algum estabelecimento prisional, submetido, in casu, ao Estado do Rio Grande do Sul. O **Juízo de Execução inicial, ao contrário, determinou a remessa dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS, sem qualquer menção à expedição do respectivo mandado de prisão**, para fins de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta. O que se tem em debate é **a quem compete a atri-**

> **buição ao recolhimento inicial do Sentenciado em casa de albergado, ou, no caso de sua impossibilidade, em prisão domiciliar**. Exsurge que a expedição de um mandado de restrição de liberdade implicaria a imposição de regime mais gravoso ao Réu, o que afrontaria os preceitos do Estado Democrático de Direito e os critérios da individualização da pena. A experiência no tocante à implementação da execução dos julgados tem mostrado que os sentenciados, condenados ao regime aberto, acabam sendo recolhidos ao cárcere, por algum tempo, em razão dos desencontros relativos aos procedimentos administrativos para dar cumprimento às Sentenças, o que não é razoável, uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais. Negado provimento ao Recurso. Decisão unânime.
>
> (0000093-03.2016.7.03.0203 UF: RS Decisão: 9/2/2017, Rel. Min. José Barroso Filho). (grifo nosso).
>
> HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME ABERTO. CIVIL. TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO DA PENA. VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. **MANDADO DE PRISÃO. EXPEDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL**. A civil processada e condenada no âmbito da Justiça Militar da União cumpre a pena em estabelecimento prisional comum, ficando sujeita à legislação penal ordinária, *ex vi* do art. 62 do CPM. A **expedição do Mandado de Prisão constitui constrangimento ao *status libertatis* da Paciente, considerando a perspectiva de prisão, em condenação no regime de execução inicial aberto**. Ordem concedida. Decisão unânime.
>
> (0000123-49.2016.7.00.0000 UF: RJ Decisão: 1º/7/2016, Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes). (grifo nosso).

8 CONCLUSÃO

A análise da legislação penal militar e as peculiaridades da vida na Caserna, diante do contexto da evolução jurisprudencial acerca da Execução Penal no âmbito da Justiça Militar da União, demonstram com clareza a grave insegurança jurídica a que está submetida a coletividade.

O Poder Judiciário em toda a sua acepção orgânica jurisdicional, da primeira instância ao Supremo Tribunal Federal, deve primar por garantir a segurança jurídica, uniformizando as possíveis idiossincrasias hermenêuticas da legislação.

Não é dado ao Poder Judiciário decidir em sentido contrário ao que dispõe a norma penal militar, vez que não se trata de hipótese de lacuna legislativa, mas opção de política criminal (com a qual se concorda ou não) considerada a finalidade da sanção penal na Justiça Militar da União, onde a teoria relativa da prevenção geral, tanto positiva como negativa, ganha contornos ainda mais complexos.

Por outro lado, ao decidir em violação frontal à norma, estaríamos a permitir que o Judiciário se imiscuísse à atividade legiferante, atribuição típica outorgada pela Carta Republicana de 1988 ao Poder Legislativo, esvaziando, outrossim, o conceito de tripartição dos poderes instituídos.

Há que se ter completo domínio não apenas do que dispõe o Código Penal Militar, mas também dos efeitos práticos da conduta criminalmente reprimida no seio da tropa, sensibilidade indispensável à boa jurisdição militar. Isto porque não se afigura razoável que a Justiça Militar, com a especialização que lhe emprestou o constituinte, feche os olhos à manutenção da hierarquia e disciplina nas Organizações Militares, inviabilizando que os Comandantes mantenham sob rigoroso controle seus comandados.

Urgem o correto *distinguishing* dos julgados do Supremo Tribunal Federal e a revisitação do tema pelo Superior Tribunal Militar para esclarecer à sociedade jurídica e à própria Suprema Corte as especificidades materiais e práticas da execução penal pela Justiça Castrense, com contornos cada vez mais relevantes às atividades da Marinha do Brasil, do Exército Brasileiro e da Força Aérea Brasileira, especialmente em tempos obscuros de desajustes políticos que fazem da Garantia da Lei e da Ordem a última esperança.

REFERÊNCIAS

BREIER, Ricardo. Ciência penal pós-finalismo: uma visão funcional do direito penal. *RBCCRIM*, São Paulo: Jan./Fev., 2004, p. 94-120.

CAPEZ, Fernando. *Curso de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito penal e política. *RBCCRIM*, São Paulo: Out./Dez., 1998, p. 157-166.

COSTA, Helena Regina Lobo. *A dignidade humana e as teorias de prevenção geral positiva*. 2004. 157 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Luiz Alberto. Das penas. *Ciência Penal*. São Paulo: volume 2, 1975, p. 58-67.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY, Déa Carla Pereira Nery. *Opiniões científicas sobre a pena*. Disponível em: <www.apriori.com.br> Acesso em: 21 out. 2005.

NUNES, Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Salete Magda de; PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal: uma nova perspectiva para advogados, promotores e juízes. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: Outubro, 1997, p. 4.

PALAZZO, Francisco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 1989.

QUEIROZ. Paulo de Souza. *Direito penal:* introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Do caráter subsidiário do direito penal*. São Paulo: Del Rey, 1998.

_____. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIBEIRO, Luciano R. Melo. *200 anos de justiça militar no Brasil, 1808-2008*. Rio de Janeiro: Action, 2008.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal – teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 1990.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases críticas do direito criminal*. Leme: Editora de Direito, 2000.

SANTOS, Lycurgo de Castro. A pena é prevenção ou repressão?. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: Fevereiro, 1994, p. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Nota sobre o autor

Dr. Fernando Pessôa da Silveira Mello

Juiz-Auditor Titular da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar. Ex-Procurador de Estado (Procurador-Chefe junto ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Ex-servidor do Supremo Tribunal Federal (assistente jurídico de Ministro do STF) e do Ministério Público Federal (assessor de Subprocurador-Geral da República). Exerceu a advocacia privada por 10 anos na área do Direito Eleitoral. Especialista em Direito Público e em Direito Tributário. Professor universitário e de cursos preparatórios para concursos públicos.

Jurisprudência

Agravo Regimental

AGRAVO REGIMENTAL Nº 93-77.2017.7.00.0000-RJ

Relator: Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Agravante: Alexandre Silva Costa, 3º Sgt Ex.

Agravada: A Decisão do Exmo. Sr. Ministro-Relator, de 24/4/2017, proferida nos autos do Habeas Corpus nº 93.77.2017.7.00.0000.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CONHECIMENTO DE HABEAS CORPUS. IMPUGNAÇÃO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INDULTO. EXPRESSA PREVISÃO DE RECURSO. MATÉRIA PROCESSUAL. INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO HEROICO. AGRAVO REJEITADO.

A questão trazida à baila reveste-se de cunho eminentemente processual, sem reflexo direto no direito de locomoção do paciente, o qual, apesar de condenado, encontra-se em liberdade, cumprindo o período de prova do *sursis*.

É pacífico o entendimento de admissão do remédio heroico para o trancamento de ação penal e arquivamento de inquérito. Contudo, a utilização do habeas corpus para dirimir questões processuais mitiga os instrumentos legalmente previstos, nos quais se possibilita aprofundar o debate da discussão em foco.

O emprego desordenado do habeas corpus sobrecarrega o Poder Judiciário e dificulta o trâmite das diversas ações penais, principalmente quando o legislador prevê os instrumentos adequados para solucionar a questão. Ampla defesa não se confunde com

abuso de defesa. Não se mitigam as regras processuais previamente estabelecidas pelo uso desmedido do habeas corpus.

Agravo rejeitado. Decisão por maioria.

DECISÃO

Na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, após o voto do Ministro William de Oliveira Barros, que rejeitava o Agravo interposto pela Defensoria Pública da União e mantinha irretocável a Decisão hostilizada. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias aguardam o retorno de vista. O Ministro Cleonilson Nicácio Silva não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho. (Extrato da Ata da 33ª Sessão, 25/5/2017).

Prosseguindo no julgamento interrompido na 33ª Sessão, em 25/5/2017, após o voto do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, o Tribunal, **por maioria**, rejeitou o Agravo interposto pela Defensoria Pública da União e manteve irretocável a Decisão hostilizada. Proferiu voto de vista o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, que conhecia e acolhia o Agravo Regimental em **Habeas Corpus** nº 93-77.2017.7.00.0000, com posterior exame do seu mérito pelo Ministro-Relator, no que foi acompanhado pelo Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto. Os Ministros Cleonilson Nicácio Silva e Marco Antônio de Farias não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Jaime de Cássio Miranda. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da 43ª Sessão, 30/6/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental, interposto pela Defensoria Pública da União, contra a Decisão de minha lavra, nos autos do Habeas Corpus nº 93-77.2017.7.00.0000/RJ, de 24 de abril de 2017, que não conheceu o mencionado *writ*, tendo em vista a matéria nele versada se tratar de controvérsia eminentemente processual, em nada refletindo na garantia de liberdade de locomoção do paciente.

A Defensoria Pública da União impetrou habeas corpus em favor do 3º Sgt Ex ALEXANDRE SILVA COSTA, nos autos da Execução Penal nº 21-76. 2016.7.01.0201, no âmbito da 2ª Auditoria da 1ª CJM. Alegou estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte da autoridade judiciária respectiva, a qual indeferiu o pleito defensivo de concessão de indulto, nos termos do art. 3º do Decreto nº 8.940/2016.

O 3º Sgt Ex ALEXANDRE SILVA COSTA foi condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no art. 176 do CPM, tendo sido beneficiado com *sursis,* com período de prova de 2 (dois) anos. Ressaltou o fato de o militar ter cumprido 1/4 (um quarto) desse tempo sem infringir nenhuma condição estipulada na sentença.

Nos fundamentos do Habeas Corpus, a Agravante alegou estarem preenchidos todos os requisitos subjetivos e objetivos para a concessão do benefício, e a decisão de indeferi-lo viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, do devido processo legal substancial, da individualização da pena e da legalidade. Pugnou pela concessão da ordem, aplicando-se o indulto ao apenado e, por conseguinte, a extinção da punibilidade baseado no art. 3º, inciso I, do Decreto nº 8.940/2016 e no § 2º do art. 112 da Lei de Execuções Penais, c/c o art. 1º, inciso III, e art. 5º, incisos XXXIX e LIV, da Constituição Federal da República.

Em 24/4/2017, após o emprego de argumentos desfavoráveis à tramitação do *writ*, não conheci da impetração, em razão de a matéria nele versada se tratar de controvérsia eminentemente processual e, por isso, em nada refletindo na garantia de liberdade ou locomoção do Paciente.

A Defensoria Pública da União foi intimada em 2/5/2017.

Irresignada, a Defensoria Pública da União interpôs o presente agravo em 9/5/2017. Em suas razões, pugnou pela concessão da ordem, para declarar a extinção da punibilidade por meio da concessão do indulto ao apenado, uma vez previstos os requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 3º, inciso I, do Decreto nº 8.940/2016 e no § 2º do art. 112 da Lei de Execuções Penais, c/c o art. 1º, inciso III, e art. 5º, incisos XXXIX e LIV, da Constituição Federal.

No uso da previsão constante na parte final do § 1º do art. 118 do RISTM, encaminhei os autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, a qual, por

seu Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, pugnou pelo desprovimento do presente agravo, mantendo-se na íntegra a decisão recorrida, por inadequação da via eleita.

É o Relatório.

VOTO

O agravo é tempestivo e interposto por parte legítima, merecendo, pois, ser conhecido.

As razões que motivaram o presente agravo se encontram delineadas nos termos, *in verbis:*

> É imperioso notar a utilização desvirtuada do habeas corpus por advogados e membros da Defensoria Pública para tratar de tema alheio à garantia de liberdade do cidadão.
>
> A questão trazida à baila reveste-se de cunho eminentemente processual, sem reflexo direto no direito de locomoção do paciente, o qual, apesar de condenado, encontra-se em liberdade, cumprindo o período de prova do *sursis*.
>
> É pacífico o entendimento de admissão do remédio heroico para o trancamento de ação penal e arquivamento de inquérito. Contudo, a utilização do habeas corpus para dirimir questões processuais mitiga os instrumentos legalmente previstos, nos quais se possibilita aprofundar o debate da discussão em foco. Nesse sentido, colaciono o julgado *in verbis*:
>
>> EMENTA Habeas corpus. Impetração dirigida contra julgado do Superior Tribunal Militar em que aquela Corte negou provimento a recurso de correição parcial contra decisão que determinou a suspensão da ação penal militar até a final solução de conflito de competência em trâmite perante o STJ. Ausência de ameaça direta ou indireta à liberdade de locomoção do paciente. Inviabilidade da impetração. Constrangimento ilegal inexistente. Não conhecimento. 1. A utilização do habeas corpus, por imperativo constitucional – art. 5º, LXVIII –, limita-se às situações em que o cidadão sofre ou é ameaçado de sofrer, direta ou indiretamente, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. **2. Não traduz ofensa ou ameaça direta ou indireta ao direito de locomoção do paciente o julgado do Superior Tribunal Militar em que aquela Corte não admite o recurso contra a decisão que determinou a suspensão da ação penal militar até a decisão final do Superior Tribunal de Justiça sobre o conflito de competência em trâmite perante aquela Corte Superior. 3. Habeas corpus do qual não se conhece**. (HC 119060, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013) (sem grifos no original).

> Vale dizer que, em relação à decisão impugnada, a lei previu a interposição de recurso próprio, conforme se vislumbra na alínea "l" do art. 516 do CPPM, o que desautoriza a sua impugnação por meio do presente *writ*. Nesse sentido, transcrevo o citado dispositivo, *in verbis*:
>
> > Art. 516. Caberá recurso em sentido estrito da decisão ou sentença que:
> >
> > (...)
> >
> > l) indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade;
>
> O emprego desordenado do habeas corpus sobrecarrega o Poder Judiciário e dificulta o trâmite das diversas ações penais, principalmente quando o legislador prevê os instrumentos adequados para solucionar a questão. Ampla defesa não se confunde com abuso de defesa. Não se mitigam as regras processuais previamente estabelecidas pelo uso desmedido do habeas corpus.

Acrescento que a decisão de não conhecimento do habeas corpus não se caracteriza em ilegalidade ou abuso de poder, tendo em vista estar o Paciente cumprindo sentença regularmente proferida e transitada em julgado, com base nas garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do juiz natural.

Ademais, o paciente encontra-se em liberdade, gozando do benefício do *sursis* desde o dia 1º/3/2016, com previsão de término em 1º/3/2018.

Os nobres Defensores não se atentaram para o recurso legalmente cabível e o respectivo prazo, conforme previsão contida nos arts. 516, alínea "l", e 518, ambos do CPPM. Não se pode manejar o habeas corpus com questões estritamente processuais, se não há qualquer ameaça ao direito de locomoção do Paciente, ainda mais quando se verifica, no presente caso, a perda do prazo para interposição do recurso previsto.

Cumpre frisar alguns julgados da Excelsa Corte, em fatos semelhantes, dos quais não foi sequer conhecido o habeas corpus. Nesse sentido:

> **HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃO CRIMINAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.** PERÍODO DE PROVA. CÔMPUTO PARA FINS INDULTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional, sob pena de desvirtuamento das regras e prazos processuais, peremptoriamente previstos em lei. 2. O período de prova da suspensão condicional da pena não é tempo de cumprimento de pena. **3. É inviável a consideração do período de prova do *sursis* para fins de concessão do benefício de indulto. 4. *Writ* não conhecido**, com revogação da liminar anteriormente deferida. (HC 123192, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 23/2/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-130 DIVULG 22-6-2016 PUBLIC 23-6-2016). (sem grifo no original).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NULIDADE PROCESSUAL. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. REVISÃO CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, *a*, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. **2. Indevido emprego do habeas corpus como sucedâneo recursal ou revisão criminal.** Precedentes. 3. Inviável o exame de tese defensiva não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. **4. Agravo regimental conhecido e não provido**. (HC 141895 AgR, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/5/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-133 DIVULG 19-6-2017 PUBLIC 20-6-2017). (sem grifo no original).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. ARTIGO 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. **HABEAS CORPUS ORIGINARIAMENTE SUBSTITUTIVO DE RECURSO**. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. **INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO**. 1. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 06/02/2013, HC 131.761, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 29/02/2016 e HC 131.887, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/03/2016. 2. *In casu*, o agravante foi condenado, no âmbito do Tribunal de origem, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, em razão da prática do crime de roubo, tipificado no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal. **3. Verifica-se a existência de óbice processual, porquanto o habeas corpus impetrado perante o Tribunal *a quo* foi manejado em substituição a recurso cabível. 4. Agravo regimental desprovido**. (RHC 138221 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/5/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 12-6-2017 PUBLIC 13-6-2017). (sem grifo no original).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO

> CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. DESNECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL NOS DOZE MESES ANTES DA PUBLICAÇÃO DO DECRETO NATALINO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PRECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA, FLAGRANTE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Inexiste excepcionalidade que permita a concessão da ordem de ofício ante a ausência de teratologia na decisão atacada, flagrante ilegalidade ou abuso de poder. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fixou no sentido de que a disposição do Decreto natalino quanto à necessidade de "inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação do Decreto", não implica na obrigatoriedade de a homologação judicial da sanção aplicada ter que se dar nos doze meses anteriores à sua publicação. 3. *In casu*, o Juízo das Execuções Criminais indeferiu o pedido de indulto formulado em favor do paciente, por ter sido o reeducando preso em flagrante em 4/11/2015, fato que configuraria falta grave no período compreendido nos doze meses anteriores à publicação do Decreto Presidencial n. 8.615/2015. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. **5. O habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de recurso ou de revisão criminal.** 6. Agravo regimental desprovido. (HC 140848 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 2/6/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-130 DIVULG 16-6-2017 PUBLIC 19-6-2017). (sem grifo no original).

Há de se destacar, ainda, o posicionamento majoritário dos membros da Procuradoria-Geral da Justiça Militar acerca do não conhecimento do habeas corpus que verse questão processual ou que seja utilizado como substitutivo de recurso.

São esses os fundamentos da decisão ora guerreada, a qual mantenho na íntegra e a submeto à apreciação de Vossas Excelências.

Diante do exposto, rejeito o agravo interposto pela Defensoria Pública da União, para manter irretocável a Decisão hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro

Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em rejeitar o Agravo interposto pela Defensoria Pública da União e manter irretocável a Decisão hostilizada.

Brasília, 30 de junho de 2017 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Agravo Regimental Nº 93-77.2017.7.00.0000-RJ

Votei contra a maioria dos Ministros desta Corte Castrense, a fim de conhecer e acolher o Agravo Regimental interposto pela Defensoria Pública da União e de permitir o conhecimento do Habeas Corpus nº 93-77.2017. 7.00.0000/RJ.

Faz-se imperioso relatar um breve histórico judicial do Paciente nesta Justiça Militar.

1 BREVE RELATO

A combativa Defensoria Pública da União interpôs **Agravo Regimental** contra a Decisão monocrática do Relator, o ilustre Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, que, nos autos do *Habeas Corpus* nº 93-77.2017.7.00.0000/RJ, **não conheceu** da Ação Constitucional sob o fundamento de que a matéria ali versada cuidou de controvérsia eminentemente processual, em nada refletindo o *status libertatis* do Paciente, o qual, apesar de condenado, encontra-se em liberdade, cumprindo o período de prova do *sursis*.

Naquela oportunidade, o eminente Relator consignou, *in verbis*:

> (...) É pacífico o entendimento de admissão do remédio heroico para o trancamento de ação penal e arquivamento de inquérito. Contudo, a utilização do *habeas corpus* para dirimir questões processuais mitiga os instrumentos legalmente previstos, nos quais se possibilita aprofundar o debate da discussão em foco. (...)
>
> Vale dizer que, em relação à decisão impugnada, a lei previu a interposição de recurso próprio, conforme se vislumbra na alínea "I" do art. 516 do CPPM, o que desautoriza a sua impugnação por meio do presente writ. (...)
>
> O emprego desordenado do *habeas corpus* sobrecarrega o Poder Judiciário e dificulta o trâmite das diversas ações penais, principalmente quando o legislador prevê os instrumentos adequados para solucionar a questão. Ampla defesa não se confunde com abuso de defesa. Não se mitigam as regras processuais previamente estabelecidas pelo uso desmedido do *habeas corpus*.
>
> Diante do exposto, **NÃO CONHEÇO** do presente *habeas corpus*. (Grifo constante do original).

A matéria posta na impetração narrou que o 3º Sgt Ex ALEXANDRE SILVA COSTA, condenado à pena de 6 meses de detenção, como incurso no art. 176 do Código Penal Militar (CPM), com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, vem sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, que indeferiu o pleito de concessão de indulto, nos termos do art. 3º do Decreto nº 8.940/2016, nos autos da Execução Penal nº 21-76.2016.7.01.0201.

A Defensoria Pública da União insurgiu-se contra o ato judicial e pleiteou a concessão da ordem sob o argumento de que o condenado cumpriu um quarto desse lapso temporal sem infringir as condições estipuladas na Sentença e, por estarem preenchidos todos os requisitos subjetivos e objetivos, pugnou pela outorga do *writ*, aplicando-se o indulto ao apenado e, por conseguinte, a declaração da extinção da punibilidade com fulcro no art. 3º, inciso I, alínea "a", do Decreto nº 8.940/2016 e no § 2º do art. 112 da Lei de Execuções Penais, c/c o art. 1º, inciso III, e art. 5º, incisos XXXIX e LIV, da Constituição Federal da República.

Irresignada, a laboriosa Defesa agravou a Decisão do nobre Relator e renovou as razões de fato e de direito sob idênticos fundamentos.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, pugnou pelo desprovimento do Recurso, mantendo-se na íntegra o *Decisum* recorrido, sob o argumento de que o *habeas corpus* não é a via adequada para combater decisão que nega a concessão de indulto.

Em seu Voto, o eminente Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros chancelou a *ratio decidendi* da Decisão monocrática e rejeitou o Agravo, por conseguinte, o manteve irretocável.

Por dever de lealdade com meu pensamento e convencimento, entendi por bem solicitar *Vista* dos autos com a finalidade de uma análise mais detida do tema veiculado neste Regimental.

É o bastante para historiar os fatos que interromperam o julgamento deste Recurso na 33ª Sessão.

Dada a importância do tema, permito-me traçar breve histórico sobre a Ação Constitucional aqui debatida.

2 HISTÓRICO

Ainda para o deslinde das questões ora examinadas, mister se faz uma análise acurada sobre a dogmática processual da ação de *habeas corpus*.

A ação autônoma do *habeas corpus* é de origem longínqua. No direito romano havia o instituto do *interdictum de libero homine exhibendo*[117]. O embrião mais citado na doutrina é a Magna Carta, outorgada por João Sem Terra em 1215, na Inglaterra, sendo cada vez mais sedimentado no país anglicano com o *Habeas Corpus Act* de 1679 e 1816. O art. 2º do *Habeas Corpus Act* de 1679 estipulava multa, em favor da parte, ao magistrado que não recebesse a ação liberatória[118].

Caso interessante de aplicação no Reino Unido foi a impetração de *habeas corpus* em favor de Napoleão, aprisionado em frente ao porto de *Portsmouth*, com a finalidade de sua liberação em servir como testemunha de um processo em trâmite. O juiz concedeu a ordem, pois não podia negar o pedido segundo a lei, mas avisou ao Comandante da embarcação, onde se encontrava Napoleão, para se afastar do domínio territorial inglês e assim a ordem não ser cumprida[119].

No Brasil, a figura do *habeas corpus* surgiu com o Código de Processo Criminal de 1832, tornando-se constitucional somente em 1891 e presente em todas as Constituições brasileiras desde então. Na Justiça Militar, o *habeas corpus* somente esteve presente com o Código de Justiça Militar de 1938.

3 Da Ação de Habeas Corpus

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

O *habeas corpus* é uma ação autônoma constitucional para a defesa da liberdade de forma direta ou indireta, cujo caráter é eminente da seara penal[120]. Pontes de Miranda o definia como o remédio sumário contra as violações da liberdade física[121].

Dessa forma, forçoso é concluir que se reveste de verdadeiro meio de impugnação soberano. A ação é "destinada a fazer cessar o constrangimento ou a simples ameaça de constrição à liberdade de locomoção"[122].

Não pairam dúvidas ou maiores questionamentos que a ação de *habeas corpus* não é recurso, pois, como mencionado, desde a Constituição de 1891 até a presente Constituição, trata-se de garantia individual fundamental. Nesse sentido lição doutrinária:

---

[117] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 135.

[118] MIRANDA, Pontes de. *História e prática do Habeas Corpus*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

[119] *Ibidem*, p. 72.

[120] MORAES, op. cit., p. 139.

[121] MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 105.

[122] MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do habeas corpus*. Tomo 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. p. 39.

> Não se diga (a erronia seria imperdoável) que se trata de recurso. A pretensão não é recursal. Nem o foi, nem no é. É ação contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra autoridade policial. Talvez contra juiz ou tribunal. Talvez contra autoridade do Poder Legislativo[123].

Além das tradicionais classificações de ação reparadora e preventiva da liberdade de ir e vir, a doutrina ainda elenca mais cinco aspectos, quais sejam: I) o translativo; II) o inovativo; III) o instrutivo; IV) o corretivo; e V) o restringido.[124] O primeiro refere-se à demora do judiciário em julgar o processo penal, causando abuso de poder. O segundo permite tutelar residualmente o direito reclamado, embora não seja digno de reparação direta ou aparente. O instrutivo é para a observância de aspectos processuais relacionados à prisão. O corretivo serve para a observância da dignidade da pessoa humana, como as condições subumanas das prisões brasileiras. Por último, o restringido se aplica na mera obstrução da liberdade, ou seja, na privação da liberdade indireta ou não completa.

Além de todo este conceito, o *habeas corpus*, para ser impetrado, não precisa sequer de decisão judicial, bem como poderá ser utilizado, inclusive, após o trânsito em julgado deste ato, caso impetrado com o intuito de revertê-lo. É dizer, qualquer que seja a ameaça ou a restrição à liberdade de locomoção, desde que injusta, poderá ser invocado o remédio heroico, quer na fase judicial, quer na ameaça de lesão ou violação a tal direito fundamental na esfera administrativa ou por particular. O meio de impugnação não está atrelado nem mesmo à preclusão temporal, sendo lícito dele se socorrer a qualquer momento.

3.2 Fundamento Constitucional para o cabimento

Confirmado que está o *status* de ação autônoma, considero importante o critério subjetivo, isto é, o *writ* é considerado ação penal popular, eis que qualquer pessoa, capaz ou incapaz, até os analfabetos, tem a capacidade processual de propor a ação, não sendo necessário observar maiores rigores processuais para tanto, desde que preencha uma das hipóteses de impetração previstas em lei.

O constituinte originário pouco ou quase nada tipificou as ações penais ou civis; com acerto, delegou essa tarefa ao legislador ordinário, no entanto, em razão do bem jurídico que encerra, optou por deferir tratamento especial ao remédio heroico, senão vejamos: "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;" (art. 5º, LXVIII, da

---

[123] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal*. Vol. 4. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 554.

[124] Cf. Revista Jurídica Consulex nº 403. Novembro/2013. Pimentel, Fabiano. *Habeas corpus pelo processo penal ofensa ao processo penal garantista*.

CF/88). Note-se que, em econômicas linhas, positivou como garantia fundamental o *writ* repressivo e preventivo, bem como estabeleceu a fonte da violação à liberdade de locomoção: ilegalidade ou abuso de poder. Eis os pressupostos constitucionais para o cabimento do *mandamus*. Indubitável que, apesar de reproduzidos e regulamentados nas legislações adjetivas ordinárias (Códigos de Processo Penal comum e militar), os pressupostos processuais do *habeas corpus* foram alçados ao *status* constitucional e, como tal, devem ser apreciados.

Nesse ponto, faço um recorte para rememorar o vanguardismo do Superior Tribunal Militar em matéria de proteção à liberdade de locomoção. Fato pouco conhecido é que a história do *habeas corpus* no Brasil passa por este Tribunal. Foi um ministro da Corte, o Almirante de Esquadra José Espíndola, quem concedeu a primeira liminar em *habeas corpus* no país, ou seja, analisado o pedido de forma urgente antes de seu mérito (HC nº 27/27.200/Estado de Guanabara), em 31 de agosto de 1964.

Entendo que, com mais razão sob o atual prisma garantista dos direitos processuais, inexiste espaço para que esta Justiça especializada trilhe caminhos de retrocesso no tocante ao processamento do *habeas corpus* e distancie dos objetivos constitucionais em matéria de direitos fundamentais. Como se percebe, nos últimos tempos, os Tribunais Superiores, sob o argumento da insustentável quantidade de processos em análise, optaram por restringir sobremaneira tal garantia constitucional, cujo recebimento, no mínimo, se impõe.

Não podemos cometer o equívoco de tornarmos esta Corte Castrense em uma **sociedade fechada** de intérpretes da constituição, onde apenas juízes, focados em procedimentos formalizados, estudam e aplicam a Constituição da maneira técnica e dogmática que melhor lhes convêm, cujo intuito é o de diminuir a grande quantidade de recursos ou processos que assoberbam o judiciário[125].

A nossa comunidade é plural e todos os cidadãos e grupos devem tomar a Constituição como sua para a interpretação e a aplicação, em uma verdadeira **sociedade aberta**, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la. Assim, na esfera penal, somente a ação de *habeas corpus* é capaz de plenamente resguardar o cidadão de sua garantia fundamental da liberdade e da interpretação de normas legais injustas. A esfera pública pluralista é que concretiza a força normatizadora da lei com base na Constituição[126]. Por conseguinte, o conhecimento da ação de liberdade constitucional sempre se impõe, a fim de discutir o seu mérito e ampliar a participação popular no processo decisório.

---

[125] Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberto dos intérpretes da Constituição*: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

[126] Ibidem, p. 42.

Consagro aos colendos Ministros examinarem o princípio da **máxima efetividade da Constituição**, cujo objetivo é a preferência à interpretação que lhe confira maior **força normativa**. Na resolução de problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição maior força de efeito. Caso determinada norma constitucional possua diversas interpretações, cabe ao intérprete optar pela que produza mais efeitos práticos concretos. Assim, o intérprete deve evitar classificar os preceitos constitucionais por meio de conceitos que esvaziam a sua normatividade[127].

Se não quiser permanecer "eternamente estéril", a Constituição não deve ser construída de forma abstrata e teórica. A norma constitucional possui força ativa para que seus mandamentos sejam efetivamente realizados, impulsionando e conduzindo a transformação na natureza de nossa realidade hodierna[128].

Essa tarefa de conferir *força normativa à Constituição* foi confiada a todos nós. O futuro do nosso Estado de Direito depende do fortalecimento prático e concreto de suas regras fundamentais, senão estaremos sempre diante de uma questão de poder e não diante de um problema jurídico[129].

Nesse viés, o direito fundamental à liberdade de locomoção guarda tamanha importância que para além de ser erigido como pedra de toque do Estado Democrático de Direito, como substrato do princípio da dignidade da pessoa humana, ocupou-se o constituinte originário de elencar dentro do mesmo dispositivo constitucional a garantia capaz de efetivar, a qualquer tempo, sem demora ou formalismos, esse direito, qual seja, a ação constitucional do *habeas corpus*.

Não se desconhece que tanto o direito à livre locomoção e o *mandamus* estão expressos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, como tal cláusulas pétreas, por conseguinte intangíveis em seu núcleo duro, a meu ver, não apenas por atos do Poder Legislativo, mas também os do Executivo e do Judiciário. Há aqui o limite dos limites, a dignidade da pessoa humana impõe que o Estado respeite e proteja a existência da espécie digna em todas as suas vertentes, notadamente, não poderia ser deixada de lado aquela que teve origem nos ideais da Revolução Francesa: a liberdade.

Sob esse prisma, é evidente que a ação de *habeas corpus* merece ser apreciada sem rigorismos extremados na sua admissibilidade, propiciando que cheguem ao conhecimento do Poder Judiciário as demandas que encerram

---

[127] SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[128] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 6.

[129] Ibidem, p. 15.

notícias de afronta ao *jus libertatis*. Evidente que não estou aqui a defender a concessão da ordem que, evidentemente, decorrerá de uma etapa subsequente ao conhecimento da ação, qual seja, a análise do mérito. O que se busca, nesse momento, com a admissibilidade da ação é a garantia do acesso ao Judiciário, também eleito como direito fundamental.

3.3 Princípios fundamentais e a Ação de *Habeas Corpus*

O princípio do acesso à justiça é basilar para o Estado Democrático de Direito. A indeclinabilidade da prestação jurisdicional, seja para rejeitar ou acolher o pedido, é a medida que se impõe. As regras procedimentais são guiadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser conduzidas com a finalidade de dificultar direitos e garantias individuais.[130] Presentes o requisito da prova pré-constituída e a ameaça direta ou indireta à liberdade, o conhecimento é de mandamento constitucional.

Deve-se, portanto, reforçar o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88). Com efeito, em uma estrutura dialética de afirmações e negações, constituem direito subjetivo do réu os seguintes aspectos: I) direito de informação; II) direito de manifestação; e III) direito de ver seus argumentos considerados[131]. Logo, a não apreciação do mérito por parte desta Corte Castrense, apenas sob o frágil argumento da inadequação da via eleita, a meu sentir fere o devido processo legal do Paciente em ver seus argumentos considerados, para, no mínimo, obter o direito à informação e à manifestação célere por parte do Poder Judiciário.

4 *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO

4.1 Origem

Feitas as breves considerações iniciais acerca do remédio constitucional do *habeas corpus*, forçoso é, neste momento, adentrar na análise da questão trazida à baila, referente à possibilidade de impetração do *writ* quando previsto Recurso para combater a decisão judicial que se alega viciada. No caso *sub examine*, a existência da previsão do Recurso em Sentido Estrito.

É fato, como já asseverado, que existe uma diferença substancial entre a natureza jurídica do *habeas corpus* e a dos recursos previstos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, cito doutrina de Heráclito Mossin[132]:

> Repetindo o que já restou exposto, o *writ of habeas corpus* é um remédio de direito processual constitucional destinado a tutelar liberdade

---

[130] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 160.

[131] Supremo Tribunal Federal. ADI MC 5125-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10.2.2017.

[132] MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 8. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2008. p. 254.

> de locomoção, direito de ir, vir e ficar, *ius manendi*, *eundi*, *veniendi* e *ius mandendi ambulandi*, *eundi ultro citroque*. Por sua vez, o recurso tem por função processual propiciar reexame da matéria impugnada na busca de sua reforma, da alteração do pronunciamento jurisdicional na esteira do prejuízo proporcionado ao sujeito recorrente.

Não obstante, partindo da premissa de que o remédio heroico é aplicável para a defesa dos que se achem em face de cerceamento da liberdade de locomoção, forte sempre foi, no curso da história, a corrente que defende a sua aplicação como sucedâneo recursal.

Isso porque é plenamente possível a situação, como se aventa no caso em destaque, de uma decisão culminar em constrangimento ilegal da liberdade de locomoção do sucumbente. Nesse sentido se mostra o interesse de agir na impetração do *habeas corpus*: enquanto o *writ* seria instrumento hábil para a cessação do constrangimento ilegal de forma imediata, o recurso apenas atingiria essa finalidade pela via reflexa, tendo em vista que, por ele, se busca a revisão da decisão e, indiretamente, a cessação do constrangimento.

Destaque-se a celeridade do rito do *mandamus* em relação ao rito recursal, diante do seu próprio objetivo constitucional, que é assegurar a liberdade de locomoção dos indivíduos.

Ainda dentro dos aspectos gerais sobre a possibilidade de impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso, vale deixar consignada a ausência de aplicação do princípio da unirrecorribilidade, pelo qual só existe um recurso aplicável para a cada decisão. Isso porque, como já discorri, o *mandamus* e o recurso possuem natureza jurídica diversas.

Nas palavras de Heráclito Mossin[133]:

> O julgamento de qualquer recurso sempre é bastante demorado, estando o réu preso ou solto. O julgamento do *meritum causae* em sede do *writ* em espécie, no entanto, ocorre de maneira consideravelmente veloz. Outrossim, não existe conflito algum de ordem legal entre recurso e *habeas corpus*: sendo cabível aquele, tenha sido ou não interposto, o *mandamus* pode ser ajuizado. *In casu*, não há pertinência do princípio da unirrecorribilidade, porquanto ambos os institutos guardam natureza jurídica diversa, não se confundindo.

Dentro do raciocínio aqui ventilado foi o posicionamento dos Tribunais pátrios por muitos anos, até a alteração do paradigma, exemplificada pelo HC 109.956 do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

4.2 Do posicionamento superado do STF/STJ

Até o ano de 2012, era comum o conhecimento, pelo STF e pelo STJ, de *habeas corpus* impetrados em face de decisão contra a qual fosse cabível

[133] Op Cit. pp. 255-256.

recurso próprio, desde que o Acusado estivesse sofrendo, ou ameaçado de sofrer, violação à sua liberdade de locomoção, como podemos observar da Ementa do HC 45.029/GO, do Superior Tribunal de Justiça:

> (...) O não conhecimento de questão pelo Tribunal *a quo*, pelo motivo de existência de recurso próprio para a análise do pedido, gera constrangimento ilegal por configurar cerceamento de defesa – além de não impedir a apreciação da matéria por esta Corte Superior de Justiça – mormente se não há necessidade de incursão aprofundada no material fático-probatório.
>
> Ordem CONCEDIDA para anular o acórdão e determinar que outro seja prolatado, com a devida análise do mérito. (STJ, HC 45029/GO Rel. Min. Paulo Medina, DJ 3.10.2005).

A fundamentação era clara: o não conhecimento do *writ* significava violação ao princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da CF. Vale a transcrição de trecho da fundamentação do Acórdão que traduz a ideia lançada no presente Voto-Vista:

> Ademais, não há porquê deixar de conhecer de pedido de Habeas Corpus se o impetrante intenta recurso próprio, pois a adoção de um ou de outro meio é puro e simples exercício do direito à escolha legitimada pelo ordenamento jurídico em vigor.
>
> É o interessado quem vai eleger o caminho a seguir: se irá exercer o direito ao recurso ou o direito à impetração.
>
> E nem se diga que a existência de previsão legal para o recurso, ao lado da ação de Habeas Corpus, é fato que por si só indica algum tipo de anteposição ou precedência daquele sobre esta, pois que a impetração originária, além de possuir a mesma morada constitucional, sempre esteve à disposição, ao alcance da parte, como remédio legal por excelência contra toda e qualquer manifesta ilegalidade comprometedora do *status libertatis* do cidadão.
>
> Por isso, não há critério algum de natureza objetiva que possa determinar preferência de um meio em relação ao outro.
>
> Caso seja eleita a via do remédio heróico, de nenhuma importância é o fato de caber também o recurso. Por essa razão, não há fundamento jurídico para invocar-se a figura da impetração substitutiva. Ora, se inexiste primazia legal de uma via sobre a outra, de substituição é que não se trata.
>
> <u>O recurso propriamente dito é, isto sim, um meio a mais, um caminho jurídico além do pedido originário, meio idôneo à desconstituição do ato que configura violência ou coação ilegal ao direito à liberdade</u>. (Grifo nosso).

Ora, entendo que os motivos que levaram aquela Colenda Corte a concluir pelo direito de opção, pelo Acusado, de qual instituto jurídico aplicar

a cada caso concreto não foram alterados: uma vez que, dentro da fundamentação, exista alegação de cerceamento da liberdade de locomoção, é plenamente possível a interposição do recurso cabível ou a impetração de *habeas corpus*.

Outra conclusão implicaria violação do instrumento histórico-constitucional criado com o objetivo principal de evitar ou fazer cessar a violência à liberdade de locomoção dos indivíduos.

4.3 Da mudança de paradigma (2012): HC 109.956 – Argumentos

Todavia, o STF e o STJ, em confusa mudança de paradigma, passaram a adotar, com base em critérios de técnica jurídica discutíveis, a tese pela qual incabível seria a impetração de *habeas corpus* quando existente recurso aplicável ao caso concreto.

O *leading case* citado pela doutrina é o HC 109.956/PR, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, de 7.8.2012, ao qual nos reportamos pela Ementa:

> HABEAS CORPUS - JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR - IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME - DILIGÊNCIAS - INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

Da leitura do voto do Ministro-Relator, é possível concluir que a alteração do posicionamento da Corte Constitucional, que levou, em efeito cascata, à mudança jurisprudencial do STJ e dos Tribunais de 2º grau, teve como base **a enorme quantidade de *habeas corpus* impetrados como substitutivo de Recursos Ordinários**, como evidenciado no seguinte trecho do Voto condutor:

> Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado Habeas substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. <u>Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 habeas e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 habeas e 1.475 recursos ordinários.</u> Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial. (Grifo nosso).

Em uma tentativa de buscar respaldo jurídico a uma ação de ordem eminentemente prática, acabou por deixar a jurisprudência da Corte de lado em nome de solucionar um problema de gestão. Assim, prossegue o Relator

afirmando que o art. 5º, LXVIII, da CF, não teria levantado tal hipótese de cabimento para o *writ*.

Outro fundamento levado em consideração foram as previsões, no art. 102, II, "a", e no art. 105, II, "a", ambos da CF, de cabimento de Recurso Ordinário, a ser manuseado contra as decisões das quais, via de regra, seria possível a impetração do HC substitutivo.

Assim, diante da ideia de que não existe conflito entre normas constitucionais, entendeu o Supremo que o art. 5º, LXVIII, da CF não teria previsto a hipótese de HC substitutivo, de forma que a única solução, prevista na Carta Magna, para o questionamento, nos Tribunais Superiores, seria o Recurso Ordinário.

Ainda na esteira da interpretação do julgado ora analisado, entende a Suprema Corte que tal solução evitaria a banalização de tão importante instituto jurídico que é o *habeas corpus*, eis que a ele apenas seriam canalizadas as situações de real violação da liberdade de locomoção dos indivíduos.

Por fim, como último argumento, o Acórdão ressalta o objetivo protelatório da impetração do *mandamus* substitutivo, comumente utilizado como instrumento da má-fé da defesa dos condenados, visando unicamente à prescrição.

Contudo, já na conclusão do acórdão, o Ministro Marco Aurélio cita e defende a possibilidade de análise do mérito do *habeas corpus* que não fora conhecido.

Assim, atualmente, vigora, não só no STF e no STJ, como nas Cortes de Apelação, a tese de que não é cabível *habeas corpus* substitutivo de recurso, mas é plenamente possível sua análise de ofício. Nesse sentido:

> 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
>
> (...)
>
> Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juiz das Execuções que analise o pedido de comutação do formulado pelo paciente com fundamento no Decreto n. 8.172/2013 sem considerar a prática de novo crime como marco inicial para a contagem do benefício e levando em conta apenas as condenações existentes em 25/12/2013. (STJ, HC 378494 / SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJE. 12.5.2017) (Grifo nosso).

A justificativa para a possibilidade de análise de ofício é justamente evitar que a ilegalidade patente deixe de ser analisada, quando evidente o constrangimento ilegal ao Paciente. Sobre o assunto[134]:

> Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente se negando a conhecer os habeas corpus substitutivos de recurso ordinário. Porém, em caso de patente ilegalidade a ordem é concedida de ofício pelo Tribunal.

4.4 Argumentos defensivos

A despeito do abrandamento descrito nessa última parte, como bem se poderia concluir, há duras críticas doutrinárias ao paradigma adotado, seja por questões técnicas, seja pelo próprio conteúdo do instituto.

Antes de tecer as minhas considerações sobre o instituto, é de bom alvitre descrever os argumentos, via de regra defensivos, com os quais, ainda que parcialmente, simpatizo e me filio.

De início, e como primeiro argumento, se observa uma dissociação da tese adotada pelos Tribunais Pátrios com os direitos fundamentais, sobretudo a liberdade de locomoção e a dignidade da pessoa humana.

Como já exaustivamente afirmado, o *habeas corpus* é garantia constitucional, prevista no inciso LXVIII do art. 5º, o que, por si só, lhe garante um patamar de superioridade em relação às demais normas infraconstitucionais. Além disso, a proteção à liberdade de locomoção se enquadra, perfeitamente, como parcela integrante da dignidade da pessoa humana.

Tal correlação é tão verdadeira que a proteção à liberdade de locomoção, por meio do *habeas corpus*, é prevista pela jurisprudência internacional de Direitos Humanos. Nesse aspecto, em doutrina especializada, Daniel Zveibil cita registro da Corte Interamericana de Direitos Humanos[135]:

> Corroborando a indiscutível importância do habeas corpus, a jurisprudência internacional de direitos humanos, especificamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2000 registrou de forma clara e inequívoca que: "El hábeas corpus representa, dentro de las garantias judiciales indispensables, el médio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Destacando, ademais, em 2004, que "la Corte

---

[134] RAMOS, Alberi Rafael Dehn; PREUSSLER, Gustavo de Souza. *O não conhecimento do Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário Constitucional*. Disponível em <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/30/artigos/artigo09.pdf>. Acesso em: 29 maio 2017.

[135] ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Considerações sobre a "nova" vedação do habeas corpus substitutivo de recurso*. Tribuna Virtual , v. 3, p. 7-53, 2013.

> ha considerado que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantias judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 [de la Convención] y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática" (...).

Portanto, a partir do momento em que não se admite a impetração do *mandamus* como forma de combater esse cerceamento da liberdade de locomoção, entendemos que há uma clara violação a preceito constitucional e supranacional, porquanto se retira do indivíduo uma garantia fortemente vinculada à sua própria natureza.

Nas palavras de Felipe Fernandes Valente Júnior[136]:

> O julgador não pode limitar o acesso ao habeas corpus, uma das maiores garantias constitucionais e talvez o maior patrimônio do cidadão. Tal atitude é negar o acesso à Justiça, ir contra a proteção ao direito fundamental à liberdade de locomoção, sobretudo dos segmentos mais vulneráveis da população brasileira. Descabe, em pleno período democrático, o aviltamento de garantias constitucionais. (Grifo nosso).

Ademais, vale esclarecer que não é possível ao intérprete restringir a aplicação de direito fundamental quando assim não previu a Carta Magna, como foi decidido pelos Tribunais pátrios. Nas palavras de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco[137]:

> Os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata).

Nessa esteira de raciocínio, adentramos na segunda forte crítica doutrinária sobre a atual posição jurisprudencial, no sentido de que, em nenhum momento, a Constituição Federal impediu, como asseverou o STF, a impetração de *habeas corpus* como substitutivo recursal.

Como se infere da simples leitura do art. 5º, LXVIII, e vale a constante ratificação, a Carta Magna consagrou a possibilidade de impetração do *writ* quando alguém **alegar sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.**

Estabeleceu, portanto, uma previsão genérica, até porque impossível a descrição casuística, sob pena de tornar seu texto ainda mais extenso do que já o é. Em outras palavras, não é possível vislumbrar uma fórmula para se classi-

---

[136] VALENTE JR., Felipe Fernandes. *Habeas corpus e o recurso ordinário constitucional: comentários à nova jurisprudência pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=213407>. Acesso em: 5 fev. 2015.

[137] Op Cit. p. 200.

ficar, em um texto constitucional, todas as hipóteses em que, em tese, estar-se-ia cerceando a liberdade de locomoção de alguém. Se assim o fosse, *ad absurdum*, possivelmente alguma hipótese, ainda que improvável, poderia deixar de ser ventilada, desvirtuando a intenção da norma histórica de proteção do indivíduo.

Assim, e apenas a título exemplificativo, há interesse de agir na impetração de *habeas corpus* quando, a despeito da existência de recurso cabível, entenda ser possível benefício ao acusado pela celeridade do *writ*. Nesse sentido:

> De fato, é inegável o excessivo número de habeas corpus existentes atualmente nos Tribunais Superiores, muitos deles substitutivos de recurso ordinário constitucional. Contudo, apesar do fim almejado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça em querer racionalizar, otimizar e agilizar as atividades judicantes ser louvável, acredita-se que não seja a melhor solução para o problema. Com o novo entendimento, o paciente que está preso e teve o seu *writ* negado no Tribunal terá de esperar a publicação do acórdão, o que às vezes pode levar meses, para só então interpor o recurso ordinário, perdurando ainda mais o constrangimento ilegal, pois a sistemática do recurso ordinário em habeas corpus é muito mais lenta que a da impetração substitutiva de recurso.[138].

Não consigo aceitar, também, que o Acusado sofra prejuízo em sua liberdade pela simples mora ou atuação indevida do Defensor que, por equívoco, ajuíza ação mandamental indevidamente ou não interpõe o recurso correto dentro do prazo, sob pena, mais uma vez, de violação aos direitos fundamentais de locomoção e da dignidade da pessoa humana.

Devemos, ainda, analisar o princípio da instrumentalidade das formas. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima[139]:

> c) sistema da instrumentalidade das formas: as irregularidades devem ser distinguidas conforme sua gravidade, não se declarando a nulidade do ato se sua finalidade foi atingida e se não houve prejuízo para as partes.

Sobre a possibilidade de aplicação da instrumentalidade das formas no caso de *habeas corpus* substitutivo de recurso, Alberto Toron declara[140]:

> Enfim, não faz sentido a dita "racionalização", que mal esconde a existência de uma "jurisprudência defensiva", consistente na criação de "pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos", como denunciou o saudoso ex-presidente do STJ, mi-

---

[138] VALENTE JR., Felipe Fernandes. Op. Cit.

[139] *In Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

[140] TORON, Alberto Zacharias. *A racionalidade do sistema recursal e o Habeas Corpus*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-22/alberto-torona-racionalidade-sistema-recursal-habeas-corpus>. Acesso em: 29 de maio 2017.

> nistro Humberto Gomes de Barros. Além do mais, o esforço de se barrar as impetrações originárias, compromete a assim chamada "instrumentalidade das formas", aliás, sempre invocada para flexibilizar os direitos e garantias dos acusados. (Grifo nosso).

Portanto, dentro do Sistema Penal pátrio, em que se relativiza o vício se atingido o fim da norma, a impetração de *writ* substitutivo perfeitamente se enquadra no princípio acima transcrito, de forma que, *ad argumentandum tantum*, ainda que não fosse possível a aceitação do Remédio Heroico, seria perfeitamente adaptada a sua aplicação.

Nessa senda, destaca-se o Fenômeno da Convolação, pelo qual é possível receber um instrumento jurídico por outro, desde que, com ele, se evite prejuízo ao recorrente. Renato Brasileiro de Lima[141] cita, como exemplo, com precisão, justamente o inverso do caso concreto:

> A título de exemplo, suponha-se que, diante de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção cometido por juiz de 1ª instância, determinado indivíduo impetre habeas corpus ao respectivo Tribunal. Denegada a ordem, abrem-se duas possibilidades: interposição de recurso ordinário constitucional para o STJ, nos termos do art. 105, II, "a", da Constituição Federal; ou a impetração de outro habeas corpus, desta feita perante o STJ (CF, art. 105, I, "c"). Nesse caso, supondo que o paciente tenha feito a opção pela interposição do recurso ordinário, caso o STJ conclua pela intempestividade da referida impugnação, poderá conhecer desse recurso como se fosse um outro habeas corpus, o qual não está sujeito a prazo.

Ora, se seria, na opinião do ilustre Promotor de Justiça Militar, plenamente possível receber um Recurso Ordinário como *habeas corpus*, caso intempestivo, por que o contrário não poderia ser admitido? Temo que a não admissão seria, ao menos, ilógica!

O argumento da ilogicidade também é ventilado em razão da técnica utilizada pelos Tribunais superiores, que não conhecem, mas analisam o mérito do *mandamus*. Gustavo Badaró[142] disserta:

> Por outro lado, como ainda é possível a concessão de habeas corpus de ofício, mesmo nos casos em que não se conhece o habeas corpus voluntariamente interposto por considerar que no caso era cabível o recurso ordinário em habeas corpus, o STJ e o STF se considerarem que está demonstrado o constrangimento ilegal, concederão a ordem *ex officio*. <u>Tal situação, portanto, criada pela mudança jurisprudencial, não parece ter trazido racionalidade ao sistema, mas, ao contrário, tornou-o ilógico na medida em que não se conhece do habeas corpus, mas tem-se que</u>

[141] Op. Cit.

[142] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 954.

> analisá-lo para ver se não é o caso de concedê-lo de ofício! E, o que é pior, além de ilogicidade, abre-se a porta para perigosa seletividade e discricionariedade. (Grifo nosso).

Assim, e diante do tudo até aqui exposto, já sob um enfoque genérico seria plenamente cabível, em minha opinião, o conhecimento de *habeas corpus* impetrado como substitutivo de recurso, porquanto inexistente qualquer restrição constitucional quanto ao seu uso sempre que alguém se ache sofrendo, ou na ameaça de sofrer, cerceamento de liberdade de locomoção, além dos demais argumentos lançados, aos quais fazemos menção.

Se analisarmos, então, o contexto da Justiça Militar da União, teremos a plena convicção da necessidade de conhecimento do *writ*, ainda que seja, posteriormente, denegada a ordem.

5 DO HC NA JUSTIÇA MILITAR

Como é de conhecimento de todos os membros desta Corte, a Justiça Militar da União, até por se tratar de justiça especializada, tem características peculiares, sendo as duas mais importantes: a) a competência exclusivamente penal; e b) o julgamento tão somente de crimes militares, assim definidos em lei.

Esses diferenciadores nos fazem uma Justiça especializada: analisam-se menos processos, mas com uma carga de especificidades de tal monta que não poderia se relegar à justiça comum a nobre matéria designada à Corte Castrense.

Sem querer adentrar nessa seara tão debatida e divergente, entendo que seja de extrema pertinência ressaltar o processamento do *writ of habeas corpus* nesta Corte.

5.1 Estatística e Precedentes

Apenas a título de conhecimento, a quantidade de *habeas corpus* impetrados perante este STM é significativamente menor do que aqueles ajuizados perante o STJ e o STF.

Somente sob esse aspecto, já seria possível rebater o argumento da banalização do *writ* perante a Justiça Militar, como será melhor tratado adiante.

Especificamente em relação ao caso em análise, qual seja, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* como substitutivo de recurso, fizemos um breve levantamento, dos anos de 2012 a 2017, até o início do entendimento do qual divirjo, sobre o quantitativo de *writ* impetrados e a solução dada.

Assim, de plano, podemos afirmar que, ao menos, 62 *mandamus* foram recebidos nesta Corte para serem **conhecidos** e, só então, **denegada a ordem**, entendimento o qual entendo correto e me filio.

Cito, como exemplo, os seguintes julgados: HC nº 76-75.2016.7.00.0000/MG. Rel. Min. Odilson Sampaio Benzi, Pub DJE 20.6.2016; HC nº 17-87.2016.7.00.0000/MG. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Pub DJE 11.3.2016; HC nº 75-27.2015.7.00.0000/PA. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Pub DJE 7.5.2015; HC nº 57-06.2015.7.00.0000. Rel. Min. Carlos Augusto de Sousa. Pub DJE 8.5.2015; HC nº 58-88.2015.7.00.0000/BA. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Pub DJE 14.4.2015; HC nº 62-28.2015.7.00.0000/DF. Rel. Min. José Barroso Filho. Pub DJE 20.4.2015; HC nº 22-17.2013.7.00.0000/CE. Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Pub DJE 15.3.2013. Ressalte-se que todos os *writ* foram conhecidos por decisão unânime desta Corte.

Inclusive, neste ano há julgado desta Corte conhecendo de *writ* liberatório sob a mesma tese ora debatida, qual seja, a natureza jurídica do indulto, porém, no mérito, negando-a, *in verbis*:

> HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DE INDULTO. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. INEXISTÊNCIA. *SURSIS*. NATUREZA JURÍDICA. PERÍODO DE PROVA. CÔMPUTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. O *sursis* não ostenta a categorização jurídica de pena, mas medida de política criminal, não podendo ser confundido com o efetivo cumprimento de pena privativa de liberdade para fins de preenchimento do requisito objetivo inserido no Decreto de indulto, *ex vi* do enunciado nº 16 da Súmula do STM. Requisitos objetivos ínsitos no normativo presidencial não preenchidos pelo Paciente, obstando a declaração da extinção da punibilidade pela concessão do indulto natalino. Decisão unânime. (HC nº 112-83.2017.7.00.0000, Ministro-Relator José Barroso Filho, julgado em 18.5.2017, DJe de 30.5.2017).

5.2 Natureza de Corte de Apelação do STM

Outro ponto que não podemos olvidar é a natureza de Corte de Apelação deste STM, muito embora classificado, pela Carta Magna, como Tribunal Superior.

Como se sabe, a Constituição, no art. 124, conceitua e caracteriza a Justiça Militar da União, estabelecendo que ela é composta pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Todavia, por questões de ordem técnica e administrativa, os Tribunais Militares não foram criados, de forma que coube ao STM avocar a competência originária e recursal como Corte de 2º grau.

Há de se ressaltar, também, sua natureza de órgão de convergência, o que, também, diferencia a Corte Militar do STJ e STF, os quais são, também, órgãos de superposição. Nas palavras de Pedro Lenza[143]:

> Denominam-se órgãos ou centros de convergência visto que, segundo ensina Dinamarco, cada uma das Justiças especiais da União (Trabalhista, Eleitoral e Militar, acrescente-se), tem por cúpula seu próprio Tribunal Superior, que é o responsável pela última decisão nas causas de competência dessa Justiça – ressalvado o controle de constitucionalidade, que sempre cabe ao Supremo Tribunal Federal.
>
> (...)
>
> Na medida em que não pertencem a nenhuma Justiça, podemos classificar o STF e o STJ (Tribunais da União) não só como órgãos de convergência, como já visto, mas, também, como órgãos de superposição. Isso porque, embora não pertençam a nenhuma Justiça, as suas decisões se sobrepõem às decisões proferidas pelos órgãos inferiores das Justiças comum e especial.

Assim, diante das características aqui inseridas, não poderia ser esta Corte tratada, como pretendido, como o STJ e o STF, porquanto possui natureza e atributos extremamente diferentes e complexos.

6 DO CASO *SUB EXAMINE*

6.1 Cabimento e adequação – atecnia STF/STJ diante do não conhecimento e análise do mérito

Chegando a um ponto crítico da nossa análise sobre o caso em destaque, como já afirmei, respaldado pela ilustre doutrina criminal, soa ilógico, ou, ao menos, atécnico, não conhecer do *habeas corpus* para, posteriormente, analisar a questão de mérito suscitada pela Defesa.

Nesse mote, preciso me fazer claro nos meus fundamentos.

De início, devemos relembrar que há uma clara diferença, se não um abismo, entre os conceitos de admissibilidade (conhecimento) e mérito. Nas palavras de Barbosa Moreira[144]:

> Para bem responder à pergunta do título, deve-se começar por lembrar que o recurso – como aliás todo ato postulatório – pode ser objeto de apreciação judicial por dois ângulos perfeitamente distintos: o da admissibilidade e o do mérito. Ao primeiro deles, trata-se de saber se é possível dar atenção ao que o recorrente pleiteia, seja para acolher, seja

---

[143] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 853.

[144] *In Que significa "não conhecer" de um recurso?* Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista9/revista9%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%20Que%20significa%20n%C3%A3o%20conhecer'%20de%20um%20Recurso.pdf>. Acesso em: 29 maio 2017. p. 191.

> para rejeitar a impugnação feita à decisão contra a qual se recorre. Ao outro, cuida-se justamente de averiguar se tal impugnação merece ser acolhida, porque o recorrente tem razão, ou rejeitada, porque não a tem. (...)

Portanto, ao se conhecer de um *habeas corpus* significa, exclusivamente, que foram preenchidos os requisitos constitucionais e legais, ou seja, que o caso se amolda em uma das hipóteses de sua admissibilidade.

Nessa senda, vale repisar: caberá a impetração do *writ* sempre que alguém se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

No caso da Justiça Militar, essas hipóteses de ilegalidade ou abuso de poder estão previstas no art. 467 do CPPM, o qual cabe transcrição:

> Art. 467. Haverá ilegalidade ou abuso de poder:
>
> (...)
>
> h) quando estiver extinta a punibilidade; (...) (Grifo nosso).

Portanto, uma vez que a parte alegue uma dessas hipóteses, o Tribunal deve conhecer o *mandamus*.

Analisando, detidamente, as demais condições de procedibilidade, temos, também, que todas se acham presentes.

Como se sabe, a legitimidade para a impetração do *writ* é genérica, não se exigindo, sequer, a presença de advogado. Por sua vez, o paciente, ou seja, a favor de quem se busca a ordem, tem que ser aquele a quem se alegue estar sofrendo ou se ache na ameaça de sofrer a coação à liberdade de locomoção, hipótese também verificada.

A legitimidade passiva foi corretamente imputada à autoridade supostamente coatora.

A possibilidade jurídica do pedido se acha presente porquanto a situação do Paciente se enquadre na alínea "h" do art. 467 do CPPM, além, obviamente, do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

Há, também, legítimo interesse de agir, eis que, como se notará, em que pese a existência de recurso cabível (Recurso em Sentido Estrito), o rito do *mandamus* é mais célere e eficiente para tutelar o suposto cerceamento à liberdade de locomoção.

Dessa forma, assegura-se que, em que pese, muitas vezes, a linha entre o conhecimento e o mérito seja bastante tênue, no caso em análise ela me parece bem clara: alega a Defesa que o Paciente merece ver declarada extinta sua punibilidade por indulto.

Ora, se é cabível ou não a extinção da punibilidade, se presentes ou não os requisitos previstos em lei e no Decreto que concedeu, genericamente,

o indulto, cabe uma análise do mérito, casuística, **e nunca o não conhecimento**, de plano, do *mandamus*, sem sequer dar a chance de defesa ao Acusado. O ilustre mestre Barbosa Moreira, utilizando o exemplo do Recurso Especial, prossegue seu ensinamento[145]:

> Como se equaciona, então, o problema? Sempre admitida, por hipótese, a satisfação dos outros requisitos, é suficiente, para o cabimento do recurso especial, a alegação de que a decisão recorrida contrariou lei federal. Se o recorrente faz tal alegação, tem o Superior Tribunal de Justiça de conhecer do recurso. Em seguida, averiguará se a alegação é fundada, isto é, se na verdade se consumou a ofensa. Caso conclua que sim, dará provimento ao recurso; caso conclua que não, negar-lhe-á provimento. E quando cumprirá que o tribunal não conheça do recurso: Quando o recorrente não houver alegado a violação de lei federal; por exemplo: quando for estadual a norma supostamente infringida.

Ademais, se o pressuposto da análise do mérito é, justamente, o conhecimento do *writ*, **como seria possível não o conhecer para apreciar as alegações defensivas?**

De se notar, portanto, que a corrente jurisprudencial que entende incabível *habeas corpus* com substitutivo de recurso ordinário constitucional ou mesmo recurso em sentido estrito demonstra insofismável atecnia processual.

Com efeito, a tese dominante que nega a possibilidade de utilização de *habeas corpus* como sucedâneo recursal é a mesma que autoriza, nas hipóteses de não conhecimento e configuração de ilegal constrangimento, a concessão de ordem *ex officio*! Em outras palavras: não se conhece para se conhecer!

Sobre o ponto em questão, trago à colação a interessante reflexão do professor Gustavo Henrique Badaró[146], *verbis:*

> Era tranquilo o posicionamento de que a existência de um recurso específico para impugnar o ato que ameaça ou viola a liberdade de locomoção não afasta a possibilidade de utilização do habeas corpus, que constitui remédio mais ágil para a tutela da liberdade do indivíduo. Tal posicionamento, recentemente, sofreu séria mudança, em especial no que diz respeito ao cabimento do habeas corpus originário, substitutivo de recurso em habeas corpus, tanto no âmbito do STF, quanto no do STJ. Hoje, predomina o entendimento que o habeas corpus não é cabível no caso de denegação de habeas corpus anterior, devendo ser utilizado o recurso ordinário em habeas corpus. Obviamente, tal restrição implica sérias limitações à defesa da liberdade de locomoção e, principalmente, faz com que o STF deixe de controlar ilegalidades que afetam a liberdade e locomoção, nos casos de simples violação a lei. Pouco tempo depois, a posição restritiva foi abrandada, passando o STF a admitir o cabimento do habeas corpus "impetração substitutiva toda vez que a liberdade de ir e

[145] *Op cit.,* p. 195.
[146] *In Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 953-954.

> vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, esteja em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia. (Grifo nosso).

6.2 Previsão constitucional do HC e ausência de dispositivo específico na CF referente ao Recurso em Sentido Estrito

Como se não suficientes os argumentos anteriormente levantados, nos parece clara, também, a existência de previsão constitucional referente ao *habeas corpus*, ao passo que o Recurso em Sentido Estrito não consta, expressamente, no texto da Carta Magna pátria.

É dizer, enquanto a CF, no inciso LXVIII do art. 5º, estabelece expressamente o cabimento do *habeas corpus*, em relação aos recursos, como gênero, os condensa no inciso LV do mesmo dispositivo, quando afirma "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e **recursos** a ela inerentes;".

Assim, muito embora a análise açodada dos dispositivos infraconstitucionais possa inclinar para uma provável antinomia entre o art. 467, alínea "h", e o art. 516, alínea "l", do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a teoria se revela em maneira diversa.

Isso porque, em que pese o CPPM trate como cabível, como meio de questionamento de decisão judicial que nega a existência de situação extintiva de punibilidade, o Recurso em Sentido Estrito, fato é que o *habeas corpus*, por todo o exposto, também é meio hábil e suficiente para divergir dessa mesma e peculiar situação, não cabendo ao julgador, na condição de intérprete, limitar o alcance da norma constitucional, sob pena de o *decisum* ser crivado de inconstitucionalidade.

Ademais, ainda que existisse impossibilidade da coexistência do Recurso em Sentido Estrito e a ação de *habeas corpus*, tal impasse seria resolvido facilmente com a incidência do princípio da hierarquia, pois o remédio heroico tem previsão constitucional e sobrepõe ao criado nas normas infraconstitucionais. Na realidade, não é incomum a tramitação de ambos os instrumentos. A indagação que importa ser feita é se podem eles tramitar conjuntamente, por que não poderia a parte optar por apenas um deles, tendo em vista inexistir qualquer normativo que determine tal processamento dúplice?

Ademais, a opção constitucional é evidente: ao contrário dos textos revogados pela Constituição Federal de 1988, o vigente regime teve e tem como pilar mestre estatuir garantias ao indivíduo e à sociedade contra arbítrios estatais, conferindo remédios capazes de garantir-lhe a maior efetividade possível.

Pergunta-se: **qual o mecanismo jurídico mais capaz de fazer cessar imediatamente o ilegal constrangimento? O *habeas corpus* ou o recurso em sentido estrito?** A resposta é inequívoca.

Lembro que a disciplina legal e regimental do Recurso em Sentido Estrito **não prevê a possibilidade de concessão de medida liminar**. Além disso, o recurso em questão está sujeito ao prévio contraditório, vale dizer: inconformada com a decisão *a quo*, o recorrente deve, tempestivamente, interpor Recurso em Sentido Estrito que, após o despacho de recebimento, será arrazoado e contrarrazoado.

Só depois do exercício do juízo de retratação pelo magistrado de primeiro grau é que os autos subirão ao Superior Tribunal Militar, onde, com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, o feito será pautado para julgamento.

Já caso a parte opte pela impetração de ação de *habeas corpus* substitutiva de RSE, o pedido será formulado **diretamente** perante a Corte Superior, onde o Ministro-Relator poderá conceder medida liminar *inaudita altera pars*, fazendo cessar de pronto a violação do direito de ir e vir. Nesse caso, só posteriormente ao provimento de urgência é que se facultará à autoridade indigitada coatora esclarecer pontos relevantes e se ouvirá o *custos legis*.

Acrescente-se que a urgência imprimida ao rito do *habeas corpus* pelo RISTM é coroada pelo § 3º de seu artigo 88, que impõe ao Relator a obrigação de colocar o *writ* em mesa para julgamento **na primeira sessão do Tribunal** após a colheita do parecer ministerial, independentemente de inclusão em pauta.

6.3 Distinguishing

Superada a análise da previsão constitucional do HC, bem como do interesse de agir, parece-nos razoável, nesse momento, estabelecer o que entendemos ser a grande distinção entre a análise do *habeas corpus* por esta Corte em face dos demais tribunais superiores.

6.3.1 Previsão constitucional do ROC

Reiterando, apenas por um caráter didático, o quanto já afirmado, repiso que sempre se admitiu nos Tribunais Superiores a impetração de *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ordinário constitucional.

Tal orientação sofreu grande alteração a partir do julgamento do HC 109.956/PR, *leading case* no qual o STF estabeleceu importante restrição à impetração do *mandamus* substitutivo de Recurso Ordinário. Na oportunidade, o Ministro-Relator, Marco Aurélio, atento à avalanche de *habeas corpus* que assolavam tanto o STF como o STJ, ressaltou a importância de se observar a regência constitucional quanto à regulamentação do *writ* e de sua via recursal.

> O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea "a", e 105, inciso II, alínea "a", tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. (1ª Turma - DJe de 10.9.2012).

Vê-se, portanto, que o fundamento jurídico para a limitação do manuseio do *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário foi justamente a previsão **constitucional** de mecanismo de impugnação da decisão judicial que **denega** o *writ*.

No caso dos autos, contudo, a situação é absolutamente diversa, isso por dois motivos: I) o Recurso em Sentido Estrito não possui previsão constitucional, sendo meio **legal** de impugnação; e II) este Superior Tribunal Militar não se encontra solapado por grande quantidade de *habeas corpus* a decidir.

Realmente, a limitação à impetração de *habeas corpus* substitutivo de **Recurso Ordinário** perante o STF e STJ não se confunde com possibilidade de impetração do remédio heroico como sucedâneo de Recurso em Sentido Estrito perante o STM, pois, enquanto o RO tem previsão no próprio Texto Magno (art. 102, II, a; 105, II, a – ambos da CF), o **Recurso em Sentido Estrito** é via recursal sem estatura constitucional. Assim, não há qualquer choque constitucional entre o Recurso em Sentido Estrito e a Ação de *Habeas Corpus* que lhe faça as vezes.

Não obstante seja clara a moderna tendência do ordenamento jurídico brasileiro manter íntegra, coesa e estável a jurisprudência – *vide* o disposto no art. 926, e seus §§ 1º e 2º, do CPC –, é imperiosa a necessidade do julgador em analisar *cum grano salis* as peculiaridades de cada hipótese para, então, decidir o cabimento ou não da aplicação ao caso concreto.

Assim, merece destaque o instituto – também oriundo da **common law** – do **distinguishing**. Sobre a matéria esclarece Fredie Didier Jr.:

> Fala-se em ***distinguishing*** (ou ***distinguish***) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque

> não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ***ratio decidendi*** (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente[147].

De mais a mais, vale relembrar que a quantidade de *habeas corpus* impetrada perante este Tribunal é consideravelmente inferior àquela prevista para os órgãos de superposição. O que, de plano, já aponta o *distinguishing* entre os casos paradigmas, seja do STF ou do STJ, como os tratados nesta Corte Castrense.

Dessa maneira, não se mostra razoável a adoção no âmbito desta Justiça Castrense de norma extremamente restritiva e formalista quanto à utilização do *habeas corpus*, talvez o mais valioso dos remédios constitucionais.

6.4 Tendência ao retorno à posição anteriormente consolidada – análise jurisprudencial

Rumo à conclusão, colaciono excertos de julgados de Tribunais nacionais, incluindo o STF e o STJ, proferidos após a virada jurisprudencial que sinalizam nítida tendência, pelo menos por parte dos julgadores, de reflexão sobre o rumo do atual posicionamento das Cortes de sobreposição.

> Habeas corpus. Substitutivo do recurso ordinário constitucional. Liberdade de locomoção atingida na via direta. Adequação. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porquanto expedido mandado de prisão ou porque, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no art. 5º, LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente. (STF - HC 115.168, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.5.2013, 1ª T, DJE de 17.6.2013). (Grifo nosso).

> Execução penal. Habeas corpus. Estelionato, art. 251, do Código Penal Militar. Indulto natalino. Requisito temporal. Contagem do período de prova do *sursis* como de cumprimento de pena privativa de liberdade. Impossibilidade. Institutos penais diversos. Acórdão proferido em recurso em sentido estrito. Impugnação, em tese, pela via extraordinária (CF, art. 102, III). 1. O *sursis* não ostenta a categorização jurídica de pena, mas, antes, medida alternativa a ela; por isso que não cabe confundir o tempo alusivo ao período de prova exigido para a obtenção desse benefício com o requisito temporal relativo ao cumprimento de ¼ da pena privativa de liberdade para alcançar-se o indulto natalino e, consectariamente, a extinção da punibilidade. (...) 5. O acórdão proferido por Tribunal Superior em recurso em sentido estrito desafia, em tese, o recurso extraordinário, à luz do art. 102, III, da Constituição Federal, se presentes, obviamente, seus requisitos, e não o habeas corpus. 6. Habeas corpus denegado. (STF - HC nº 117.855/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Julgamento: 24.9.2013) (Grifo nosso).

---

[147] Disponível em: <https://advtorrano.jusbrasil.com.br/artigos/114336245/teoria-constitucional-do-distinguishing-uma-nova-perspectiva-a-tradicao-jurisprudencial-brasileira-pratica-forense>.

> 4. Apenas em casos excepcionais, em que se cuida de questões meramente de direito e que não demandam incursão fático-probatória, não há óbice ao manejo do habeas corpus no lugar do recurso próprio, dada a possibilidade de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do Paciente. (STJ - HC: 266915 RS 2013/0081009-0, Rel. Min. Laurita Vaz, T5 - QUINTA TURMA, DJe 3.2.2014) (Grifo nosso).

Vale dizer que, como já transcrito, este Tribunal, nos anos de 2015 e 2016, também adotou a tese da corrente aqui fortemente afirmada.

No mesmo sentido, perfilhado aos ditames constitucionais do acesso à Justiça, da máxima efetividade dos direitos fundamentais, do devido processo legal, o Tribunal de Justiça de Goiás tem rechaçado a tese restritiva e retomado o posicionamento anterior da jurisprudência brasileira. Leia-se:

> Execução penal. Indeferimento do pedido de indulto natalino. Condenação por estupro. Habeas corpus substitutivo de agravo em execução penal postulando a extinção da punibilidade. 1 - A possibilidade de recurso próprio não desobriga juízes e tribunais de analisarem questões de fato e de direito relacionadas à coação ou ameaça de coação à liberdade individual de locomoção apontadas como ilegais em ação de habeas corpus. 2 - O crime de estupro é considerado hediondo, ainda que praticado em data anterior à Lei 12.015/2009. Portanto, incabível a concessão de indulto natalino. 3 - Habeas corpus denegado. Parecer desacolhido. (TJGO - HC 03357648920168090000, 2ª CAMARA CRIMINAL, Rel. Des. Edison Miguel da Silva Jr, DJ 2145 de 08.11.2016) (Grifo nosso).
>
> Execução de medida socioeducativa. Indeferimento do pedido de progressão. Condenação por ato infracional equiparado ao delito de homicídio qualificado. Habeas corpus substitutivo de agravo de instrumento postulando a progressão de medida socioeducativa. 1 - A possibilidade de recurso próprio não desobriga juízes e tribunais de analisarem questões de fato e de direito relacionadas à coação ou ameaça de coação à liberdade individual de locomoção apontadas como ilegais em ação de habeas corpus. 2 - A decisão que indeferiu o pedido de progressão de medida socioeducativa encontra-se devidamente fundamentada nas circunstâncias do fato (em concurso de pessoas, ceifou a vida da vítima, desferindo vários golpes com um pedaço de pau e uma faca), na reiteração de atos infracionais e na conclusão do relatório psicossocial, denotando que o adolescente ainda não assimilou a proposta socioeducativa. (TJGO - HC 01893927420168090000, 2ª CAMARA CRIMINAL, Rel. Des. Edison Miguel da Silva Jr, DJ 2102 de 1.9.2016) (Grifo nosso).

Em arremate, consigno que, em razão da especialidade desta Justiça e das peculiaridades que encerram o Direito Penal e Processual Militar, da justa parcimônia que esta Corte sempre tem pautado na aplicação de legislação comum em seus feitos, penso que devemos trilhar igual cuidado ao fazer incidir a jurisprudência comum, ainda que advinda do Supremo Tribunal Federal, no âmbito desta Casa de Justiça.

7 CONCLUSÃO

Consigno que não estou aqui a afirmar que toda ação de *habeas corpus* impetrada perante este Tribunal deva ser conhecida, evidente que o *writ* apenas será admitido caso passe pelo crivo dos requisitos legais, a saber: as condições da ação e os pressupostos processuais, como sempre vinha acontecendo.

A preocupação aportada nesse estudo foi o risco do uso banalizado da jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça vir criar nesta Corte, por via hermenêutica, uma nova condição da ação, qual seja, "não ser o *habeas corpus* sucedâneo de recurso", com preponderância, inclusive, sobre os requisitos processuais ordinários positivados. Malferindo assim a garantia constitucional fundamental.

Em resumo, de todo o exposto, é possível entender que o *writ* impetrado, objeto da presente análise, merece ser conhecido, uma vez que preenchidas as condições da ação e pressupostos processuais ainda que, em seu mérito, não seja acolhido.

O contrário poderia sinalizar não só violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da instrumentalidade das formas e da convolação, como também resultar numa interpretação ilógica do Sistema Processual, permitindo, *ad absurdum*, que seja analisado o mérito de uma Ação sem que ela tenha sido previamente conhecida. Relembramos, nesse ponto, que conhecer do *writ* não significa, necessariamente, que a ordem será concedida. O mérito merece ser analisado apenas após essa avaliação inicial de cabimento e adequação.

Ademais, há uma clara distinção entre a situação posta a análise perante esta Justiça Militar daquela recorrente no STF e no STJ. Inicialmente porque o Recurso em Sentido Estrito, diferentemente do Recurso Ordinário, não tem previsão constitucional. Em um segundo momento, não há que falar em banalização do uso do remédio heroico neste Tribunal, o qual vem sendo utilizado, via de regra, pela Defesa, com coerência e parcimônia.

Por derradeiro, consigno que a base principiológica positivada no Código de Processo Civil de 2015 não se afasta dos vetores diretivos do processo penal ou até mesmo o administrativo, uma vez que todos guardam origem constitucional. Dentre os postulados positivados naquele novel Código, cito aqui o da primazia do mérito que traz a orientação de que a atividade jurisdicional deve-se orientar pela atividade satisfativa dos direitos discutidos em juízo. Nesse sentido, o legislador resolveu deixar de lado o cientificismo e a questão processual e passou a trazer elementos mais consentâneos com a realidade, pois é óbvio que a pessoa que procura a justiça quer ver a sua pretensão resolvida, mesmo que a decisão judicial lhe seja desfavorável. Entendo que igual lógica deve ser observada nos casos da Ação de *Habeas Corpus*.

Concluindo, entendo que o papel desta Corte na ordem constitucional vigente demanda protagonismo ainda maior do que se vivenciou nos séculos

passados. Tem sido tradição, mesmo nos períodos de crise, o posicionamento ponderado e garantista na seara dos Direitos Humanos por parte deste Tribunal castrense. Alinhar-se à margem de reflexão aprofundada à jurisprudência restritiva de direitos fundamentais ora festejada não se coaduna ao perfil que o Superior Tribunal Militar tem construído ao longo dos seus 209 anos de existência.

Diante do exposto, votei vencido para o acolhimento do Agravo Regimental e apresento Declaração de Voto para os autos, na forma do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 30 de junho de 2017.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Ministro do STM

Apelação

APELAÇÃO Nº 6-86.2016.7.02.0102-SP

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: Juraci Ramos Ruiz, ex-Cb Ex, condenado à pena de 8 meses de detenção, como incurso no art. 240, §§ 1º, 5º e 7º, c/c os arts. 72, inciso I, e 73, parte final, todos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 1º/12/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. FURTO DE MUNIÇÃO DE ÍNFIMO VALOR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. INCONFORMISMO DA DEFESA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. SENTENÇA REFORMADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

A Defesa suscitou a preliminar de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar crimes praticados por militar contra bens jurídicos da União. Arguição que não se sustenta, uma vez que o Apelante estava na ativa quando cometeu o referido crime, tendo o CPM, a exemplo do Código Penal comum, adotado a teoria da atividade, com relação à aplicação da lei penal no tempo. Tese rejeitada por unanimidade.

No mérito, não merecem prosperar as alegações de absolvição por ausência de provas suficientes de materialidade ou por ter o acusado incorrido em erro de proibição.

> Por outro lado, merece guarida a tese de atipicidade da conduta porque a "res furtiva" foi avaliada em R$ 12,99 (doze reais e noventa e nove centavos). Além do mais, o ato praticado pelo réu não demonstrou periculosidade suficiente para imputar ao acusado crime de natureza militar, devido à falta de ofensividade na conduta; nem lesão expressiva, com gravidade elevada; tampouco alto grau de reprovabilidade, pois não houve intenso gravame à sociedade.
>
> Sentença reformada para absolver o acusado com base no princípio da bagatela própria.
>
> Apelo provido. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou, por falta de amparo legal, a preliminar arguida pela Defesa do ex-Cb Ex Juraci Ramos Ruiz, de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar crimes praticados por militar contra bens jurídicos da União. **No mérito**, **por unanimidade**, deu provimento ao recurso da Defesa para, reformando a Sentença condenatória, absolver o ex-Cb Ex Juraci Ramos Ruiz, com espeque no art. 439, alínea "b", do CPPM, por não constituir o fato infração penal.

Presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, os Ministros José Coêlho Ferreira e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 40ª Sessão, 22/6/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Defesa contra a Sentença que condenou o ex-Cb Ex JURACI RAMOS RUIZ à pena de 8 meses de detenção, com base no art. 240, §§ 1º, 5º e 7º, do CPM, por furto qualificado, com o benefício do *sursis*, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Narra a Denúncia que (fls. 01/02):

> (...) o Sr. Juraci Ramos Ruiz, ora denunciado, ex militar do Exército tendo servido entre **março de 2010 a fevereiro de 2013**, período em que exerceu as funções de soldado de comunicações da 3ª Bateria de Obuses Leve e posteriormente de cabo na 2ª Bateria de Obuses Leve, subtraiu, para si, um determinado número de munições pertencentes à Organização Militar, quais sejam, (1) uma munição de calibre 7,62mm x 51mm,

> (1) uma munição de calibre 9mm Luger e (17) dezessete munições de FESTIM de calibre 7,62 x 51mm, em ocasiões diferentes, durante o período em que compôs as fileiras do Exército.
>
> A *res furtiva* foi encontrada no interior da residência em que o ora denunciado vive com seus pais e irmão, sendo que o mesmo confirmou em seu depoimento pessoal (fls. 19/20) que as subtraiu a título de recordação. Após realização da perícia balística pelo Núcleo de Criminalística do Departamento de Polícia Federal, confirmou-se tratar de produto de uso restrito das Forças Armadas (fls. 87/93), pertencente à Organização Militar, sendo avaliado em um total de R$ 12,99 (doze reais e noventa e nove centavos).
>
> Em que pese o reduzido valor do prejuízo financeiro sustentado pela Administração Militar, decisões do Supremo Tribunal Federal tem afastado a aplicação do princípio da insignificância em casos similares, sendo a *res furtiva* munição de uso restrito.
>
> Portanto, assim agindo livre e conscientemente, o ora denunciado, subtraiu, para si, coisa alheia móvel, (...) incidindo no delito de furto qualificado, nos termos do art. 240, § 5º, c/c art. 9º, inciso II, alínea "e", todos do Código Penal Militar, por se tratar de coisa pertencente à Fazenda Nacional.
>
> Diante do exposto, denuncio o Sr. **JURACI RAMOS RUIZ,** como incurso no art. 240, § 5º, do CPM, requerendo de V. Exa. que seja recebida e autuada a presente peça acusatória, citado o acusado para se ver processar e julgar, até final condenação. (grifo nosso).

O réu foi incorporado às fileiras do Exército em 1º/3/2010 e licenciado em 28/2/2013, por ter concluído o tempo de serviço militar (fls. 15 e 29).

Constam dos autos o Laudo Pericial (fls. 87/93, Apenso 1); o IPM (fls. 103/105); a Solução de IPM, na qual consta que as munições subtraídas foram avaliadas em R$ 12,99 (doze reais e noventa e nove centavos) (fls. 107, 118/119).

Essas munições só foram encontradas após o cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão determinado pela Justiça Comum, realizada na residência do pai do ex-Cb JURACI, que também figura como envolvido.

A Exordial Acusatória foi recebida em 8/3/2016 (fl. 05).

Devidamente citado (fl. 32), o réu, ao comparecer em Juízo para qualificação e interrogatório (fls. 45/46), declarou que a Denúncia era verdadeira e que subtraiu as munições para guardar como recordação do período em que serviu. Ressaltou que a subtração das dezessete munições de festim ocorreu em 2011, quando "estava auxiliando o tiro dos recrutas", e que a munição de calibre 7,62 e a de calibre 9 mm foram subtraídas em ocasiões distintas. Que não havia "nenhuma espécie de controle em relação à munição de festim" que sobrou do exercício de tiro.

Aduziu que as munições foram apreendidas em sua residência, quando já havia sido licenciado do Exército, e que não respondia a outro processo, nem nunca teve envolvimento em outro *"fato criminal"*. Que não pensou em devolver as munições porque não imaginou que haveria toda essa repercussão. Que teve conhecimento de que outros ex-militares também levaram algumas munições para casa a título de recordação. Por fim salientou que gostava de exercer atividades de natureza militar e que, se soubesse da repercussão de seu ato, não teria levado as munições para sua residência.

Em Alegações Escritas, o MPM sustentou que o acusado tinha consciência da obrigatoriedade da devolução das munições não utilizadas nos exercícios militares e, mesmo assim, resolveu subtraí-las sob o pretexto de guardá-las como recordação, fato que não justifica sua conduta. Mencionou que o Laudo Pericial realizado pela Polícia Federal confirmou tratar-se a "res furtiva" de produto de uso restrito das Forças Armadas, sendo avaliadas em R$ 12,99 (doze reais e noventa e nove centavos). Sustentou que, embora a "res furtiva" seja de pequeno valor econômico, deve-se valorar a conduta imputada ao acusado e não o resultado do crime. Por derradeiro, requereu a condenação do acusado nos termos da Denúncia (fls. 54/57).

No mesmo seguimento processual, a Defesa suscitou a preliminar de incompetência da JMU para processar e julgar crimes praticados por militar contra bens jurídicos da União porque o furto de munições não se enquadrava no art. 9º do CPM e, sim, no art. 16 do Estatuto do Desarmamento. No mérito, visando à absolvição, requereu a aplicação do princípio da insignificância, por atipicidade da conduta, e aplicação do erro de proibição, por ausência de culpabilidade. Subsidiariamente, pugnou pela ausência de materialidade do delito, por não haver comprovação da potencialidade lesiva das munições apreendidas, bem como pela aplicabilidade da minorante do § 1º do art. 240 do CPM, por ser de pequeno valor a "res furtiva". Em caso de condenação, pleiteou a aplicação da pena no mínimo legal, haja vista as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea (fls. 60/69).

Em 1º/12/2016, o Conselho Permanente de Justiça, por maioria de votos (4x1), julgou procedente a Denúncia e condenou o Acusado nas penas do furto qualificado (fls. 82/94).

Para justificar a condenação, o CPJ Ex ressaltou, na primeira fase, que o réu era primário, detentor de bons antecedentes criminais e sem alterações militares significativas, motivos pelos quais fixou a pena no patamar mínimo de 2 anos de reclusão, nos termos do art. 240, § 5º, do CPM.

Na segunda fase, mencionou que não encontrou circunstâncias agravantes. Por outro lado, considerou a atenuante genérica, presente no art. 72, inciso I, do CPM, devido à menoridade do réu ao tempo dos fatos, sem, contudo, alterar a pena, por já se encontrar fixada no mínimo legal.

Na terceira fase, o Conselho Julgador reconheceu a figura do furto atenuado, conforme o § 1º do art. 240 do CPM, por considerar a coisa furtada de pequeno valor, aplicando-se a redução máxima de 2/3 (dois terços) da pena, previsto no referido tipo penal, substituindo-se a pena de reclusão pela de detenção nos moldes do art. 58 do mesmo "Codex".

Assim, fixou-se a sanção penal definitiva em 8 meses de detenção, com fulcro no art. 240, §§ 1º, 5º e 7º, c/c os arts. 72, inciso I, e 73, parte final, todos do CPM. Concedeu-se, ainda, o benefício do "sursis" pelo prazo de 2 anos, com base no art. 84 do CPM, bem como o direito de apelar em liberdade e o regime aberto para início de cumprimento da pena.

Ciente da condenação "a quo", a Defesa interpôs o presente Recurso de Apelação (fl. 100). Nas razões, insistiu na preliminar de incompetência da JMU para processar e julgar crimes praticados por militar contra bens jurídicos da União.

No mérito, tornou a requerer a aplicação do princípio da insignificância, por atipicidade da conduta, e aplicação do erro de proibição, por ausência de culpabilidade. Subsidiariamente, pugnou pela ausência de materialidade do delito, por não haver comprovação da potencialidade lesiva das munições apreendidas, bem como a absolvição do acusado nos termos do art. 439, alíneas "b" e "e", do CPPM (fls. 100/111).

Contra-arrazoando, o MPM frisou que não assiste razão ao apelante, haja vista que o delito apresentou-se plenamente caracterizado, seja pelos documentos acostados aos autos, seja pela prova oral produzida na instrução criminal. Aduziu que a preliminar levantada pela Defesa deve ser afastada de plano, pois o acusado incorreu em crime militar e, portanto, passível de ser julgado por esta Justiça Especializada. No mérito, lembrou que, embora a "res furtiva" seja de pequeno valor, tal fato não basta para gerar a atipicidade material da conduta. Ressaltou que o ato praticado violou o patrimônio da União e, principalmente, a disciplina, a hierarquia e a ética militar, todos bens jurídicos significativamente afetados pela prática delituosa. Afirmou que, uma vez comprovado o desvalor da conduta perpetrada pelo réu, não há que falar em incidência do princípio da insignificância no caso em exame. Por último, pugnou pela manutenção da Sentença atacada (fls. 114/118).

A PGJM, por meio do Subprocurador-Geral Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, ressaltou que a preliminar defensiva não merece guarida, porque a subtração de munições é ilícito penal que está inserido no CPM e, por isso, o foro competente é a Justiça Militar. No mérito, sustentou que, segundo o STF (HC nº 104787), não se aplica o princípio da insignificância em razão do ínfimo valor da munição furtada no âmbito da caserna. Aduziu que a incidência do crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 de forma alguma afasta a prática do crime de furto previsto no CPM. Como também não é o

caso de ausência de culpabilidade, por erro de proibição, uma vez que, conforme a confissão do réu, este tinha consciência da ilicitude do ato que praticou e que não poderia dispor de qualquer objeto pertencente ao Exército. Esclareceu que furtar para guardar de recordação também não afasta o delito previsto no art. 240 do CPM. Por fim, opinou pela improcedência da Apelação para manter inalterada a Sentença atacada.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso estão preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

Insurge-se a Defesa contra a Sentença que condenou o ex-Cb Ex JURACI RAMOS RUIZ à pena de 8 meses de detenção, como incurso no artigo 240, § 5º, do CPM, por furto qualificado, com o benefício do "sursis", o direito de apelar em liberdade e a fixação do regime prisional inicialmente aberto.

De início, a Defesa suscitou a preliminar de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar crimes praticados por militar contra bens jurídicos da União. No entanto, não merece melhor sorte o pleito defensivo.

Este Tribunal, em várias oportunidades, tem rechaçado essa tese pleiteada pela Defesa.

Torna-se imperioso lembrar que o CPM – a exemplo do Código Penal comum – adotou, com relação à aplicação da lei penal no tempo, a teoria da atividade, também conhecida como teoria da ação, que considera praticado o crime no instante em que o infrator pratica a ação, ainda que outro seja o momento do resultado.

Ora, no caso dos autos, o Apelante estava na ativa quando incorreu no delito de furto, ou seja, era militar e estava de serviço quando subtraiu duas munições reais, além de 15 (quinze) munições de festim.

A propósito, o art. 9º do CPM prevê que:

> Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> II - os crimes previstos neste Código, (...) quando praticados:
>
> e) por militar em situação de atividade (...) contra o **patrimônio sob a administração militar**, ou a ordem administrativa militar. (Grifo nosso).

Posteriormente, o Texto Constitucional de 1988 estabeleceu, no art. 124, ser de competência da Justiça Militar da União o processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei, que, no caso, é o Código Penal Militar.

É de se observar, portanto, que a Justiça Castrense não é competente para julgar militares e sim crimes de natureza militar, independentemente de terem sido cometidos por civis ou militares.

Portanto, em que pese a "res furtiva" tenha sido apreendida na residência do acusado, quando este já tinha sido licenciado do Exército Brasileiro, ainda assim restou claro, nos autos, que esta Justiça Especializada é a competente para julgar o presente feito.

Ante as razões expostas, rejeito a preliminar por falta de amparo legal.

No mérito, a Defesa pugnou pela absolvição, uma vez que o acusado agiu em erro de proibição, por desconhecer que a subtração de munição a título de recordação constituía crime.

Requereu, ainda, a absolvição por ausência de provas suficientes de materialidade, quanto à funcionalidade das munições apreendidas, nos termos do art. 439, alínea "e", do CPPM, aplicando-se o princípio do "in dubio pro reo".

Por fim, pugnou pela atipicidade da conduta descrita no art. 240, § 5º, do CPM – conforme previsto no art. 439, alínea "b", do CPPM – em decorrência da aplicação da insignificância.

A meu juízo, não é o caso de se reconhecer o erro de proibição, uma vez que o acusado agiu com dolo e conhecimento da ilicitude do fato. Portanto, o então Cb Ex JURACIR sabia que levar qualquer bem pertencente à Administração Militar para a residência, sem autorização legal ou, no mínimo, sem permissão do superior hierárquico, configura crime previsto no Código Substantivo Castrense.

Destarte, mesmo que se reconhecesse que o acusado agiu em erro de proibição, ainda assim não seria o caso de absolvição por falta de previsão legal.

A uma, porque só haveria isenção de pena, nos termos do art. 21 do CP comum, se a conduta perpetrada pelo réu fosse considerada inevitável, o que, conforme se verificou, não é o caso dos autos, eis que sua conduta era passível de ser evitada.

A duas, mesmo que se considere evitável o ato praticado pelo acusado, o levaria, no máximo, a uma causa de redução de pena no patamar de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), conforme o mesmo art. 21 do Código Penal comum.

Assim, considerando que o acusado tinha o potencial conhecimento sobre a ilicitude do fato e que lhe era exigível conduta diversa da que trilhou, essa tese defensiva não merece guarida.

Quanto à ausência ou insuficiência de provas para configurar a materialidade, igualmente aventada pela Defesa, também não merece prosperar.

Primeiro, porque as munições foram encontradas na residência do acusado. Segundo, porque o próprio réu reconheceu a autoria e a materialidade do fato por ele perpetrado. Terceiro, porque os Tribunais Superiores vêm entendendo não ser necessário o Laudo Pericial para comprovação da materialidade nesses casos, muito menos para comprovar a potencialidade lesiva (HC nº 93.876, Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 28/4/2009). Quarto, porque o delito é crime de perigo abstrato, não necessitando de resultado naturalístico. E quinto, consta dos autos o Laudo Pericial emitido pelo Núcleo de Criminalística da Polícia Federal sobre as munições apreendidas.

Assim, diante das razões apresentadas, não prospera o inconformismo da Defesa.

Por outro lado, assiste razão à Defesa no que concerne à atipicidade da conduta praticada pelo acusado.

Conforme os autos, o acusado incorporou às fileiras do Exército em 2010 e foi licenciado no início do ano de 2013 – entre os meses de fevereiro e março. Consta, ainda, que as referidas munições foram encontradas na residência do réu no dia 16/6/2015 – no momento em que esse estava trabalhando – em cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão contra seu pai. Portanto, quando já havia sido licenciado há mais de dois anos.

Pelo que se depreende ainda do feito, o IPM só foi instaurado em 18/11/2015, após o Comandante da OM, onde servia o acusado, ter recebido o pedido do MPM para instaurar o procedimento investigatório, a fim de se apurar a possível ocorrência de crime na conduta do então militar.

Durante o interrogatório, o acusado alegou que, de fato, retirou as munições da Unidade Militar onde serviu, no ano de 2011, para guardar de recordação. Ressaltou que auxiliou no exercício de tiros dos recrutas, por diversas vezes, e que as munições foram tiradas do quartel em dias diferentes.

Salientou que, por não haver nenhuma espécie de controle com relação às munições de festim – que sobravam do treinamento –, entendeu que não haveria problemas em levar algumas para sua residência. Esclareceu que não pensou em devolver as munições porque o objetivo era guardá-las de lembrança. Até porque soube de outros ex-militares que também levaram "munições a título de recordação" para casa.

Em suma, por conta de tal procedimento, o acusado foi condenado em primeira instância à pena de 8 meses de detenção, por furto na modalidade qualificada. Para tanto, o Conselho Julgador sustentou que o acusado demonstrou desrespeito às leis castrenses e aos valores cultuados na caserna, quando subtraiu as munições de uso restrito às Forças Armadas, razões pelas quais afasta a incidência da insignificância penal, em que pese o baixo custo econômico da "res furtiva".

Com toda "venia" ao Conselho Permanente de Justiça, mas entendo não ser o caso de condenação.

Ao contrário de outros feitos semelhantes e julgados por esta Corte de Justiça, a meu ver, o caso em colação não demonstrou periculosidade suficiente na ação para imputar ao acusado crime de natureza militar, haja vista que, devido à falta de ofensividade na conduta do agente, não ocasionou qualquer risco ou prejuízo para a caserna. Assim, também não vislumbrei lesão expressiva, com gravidade elevada e em condições de colocar o bem jurídico protegido em perigo real ou até mesmo em perigo iminente.

Tampouco se constatou nos autos um elevado grau de reprovabilidade na conduta do réu, pois seu comportamento – embora, de fato, seja inadmissível – não gerou intenso gravame à sociedade, uma vez que as munições, quando foram encontradas, estavam devidamente acomodadas dentro de um recipiente, no guarda-roupas do acusado, depois de quase 4 anos – considerando que o acusado praticou o ato em 2011, e a "res furtiva" foi apreendida em 2015 –, fato esse que só vem confirmar a verdadeira intenção do ex-militar, qual seja, guardar aquele material como recordação, conforme ele próprio declarou perante o Conselho de Justiça.

Dessa forma, verificou-se, "in tela", que o acusado não agiu com a intenção direcionada em subtrair munições para abastecer o tráfico ou o mercado negro, muito menos para utilizá-las no cometimento de outros crimes.

Pelo contrário, tudo leva a crer que o intuito do ex-militar era mesmo o de guardar algumas munições para se lembrar do tempo em que pertencia às Forças Armadas. Tanto foi essa sua intenção que ele teve tempo suficiente para comercializar o material encontrado em sua casa e não o fez. Basta lembrar que sua infeliz atitude ocorreu no ano de 2011, ele foi licenciado em 2013 e a "res furtiva" apreendida em 2015.

Não se pode esquecer, também, que o ex-militar, quando na ativa, teve oportunidade e condições de levar muitas outras munições para casa e não as levou, já que participava, com frequência, de treinamentos balísticos e tinha, consequentemente, acesso direto ao material em questão.

Vê-se, então, não ser crível acreditar que o acusado tinha outra intenção – senão a que declarou nos autos – ao levar para sua residência apenas duas munições reais e dezessete de festim, quando poderia ter levado muitas outras, considerando que, segundo o próprio réu, não havia controle algum, notadamente, sobre as munições de festim utilizadas nos exercícios de tiro.

Ademais, é digno de nota ressaltar que a "res furtiva" foi avaliada em R$ 12,99 (doze reais e noventa e nove centavos), tendo sido recuperada em sua totalidade e devolvida a quem de direito, não existindo, portanto, qualquer lesão à Organização Militar.

Certo é que a Administração Castrense não suportou qualquer prejuízo, nem mesmo reduzido, como sustentou o MPM na Inicial Acusatória. Assim, também não restou provado na espécie que as munições pertenciam à OM onde servia o acusado, conforme afirmou o "Parquet" na Denúncia.

Pelo que se verificou nos autos, o Laudo Pericial confirmou que as munições eram de uso restrito das Forças Armadas. Contudo, não conseguiu determinar que o material apreendido pertencia à OM em que o acusado serviu. Aliás, o levantamento pericial não conseguiu sequer identificar o número do lote referente às munições de festim.

Ora, não é esse o cenário ideal para se provocar a máquina administrativa e buscar a tutela jurisdicional do Estado-Juiz, ainda que seja no âmbito dessa Justiça Especializada. A meu juízo, o acusado até poderia ser punido administrativamente pelo seu impensado ato, caso ainda estivesse na ativa. Como igualmente poderia ter respondido, por sua conduta, na esfera da Justiça Comum, à luz do Estatuto do Desarmamento. Todavia, segundo os autos, isso também não aconteceu.

A propósito, este Tribunal, ao apreciar casos semelhantes, assim entendeu:

> (...) a conduta tido como crime que teria sido imputada ao (...) 3º Sgt Clóvis, pode sim ser considerada atípica (...), considerando que se refere a dois cartuchos calibre 7,62 e a um de 9mm (...) que (...) não perfazem R$ 9,00 (...)..
>
> Nem se diga que, por se tratar de munição, a conduta não deveria ser albergada por esses princípios (da fragmentariedade e da intervenção mínima), **uma vez que não** se **está falando de furto de munições** das Forças Armadas **para utilização ou revenda no mercado negro**, já que (...) teria (...) pegado **os três cartuchos** e guardado na gaveta do roupeiro (...). Portanto, **a finalidade desse furto** se **aproximaria** (...) **mais de obtenção** de uma **espécie de *souvenir*** do que **seu uso para fins ilícitos**. (Rese nº 82-22.2012.03.0103/RS, Min. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, julg. em 9/4/2013). (Grifo nosso).

Em outro julgamento, esta Colenda Corte de Justiça julgou:

> (...) o ex-militar, quando recruta, subtraiu 03 munições durante exercício de tiro para fins de lembrança do período de serviço militar obrigatório. Valor apurado de R$ 2,88 (dois reais e oitenta e oito centavos). Durante diligências em sua residência para busca e apreensão de outro objeto, foi encontrada a munição de uso restrito na gaveta do guarda-roupa, local indicado por ele próprio, guardada há quatro anos.
>
> **A deflagração de uma ação penal com base no que contêm os presentes autos não atende aos fins do direito penal**. (...). Não se trata de subtração com dolo, pois o material não foi repassado para criminosos. **Aplica-se ao caso o princípio da insignificância**, eis que coexistem,

> simultaneamente, a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (...). (Rese nº 65-16.2012.7.02.0102/SP, Min. MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, julg. em 9/5/2013). (Grifo nosso).

Na mesma toada, o Supremo Tribunal Federal julgou:

> (...). DELITO DO ART. 16, *CAPUT*, DA LEI Nº 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. (...). A conduta do Paciente ("in tela") não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. (HC nº 133.984/MG, Ministra CÁRMEN LÚCIA, julg. em 17/5/2016).

Destarte, torna-se imperioso deixar claro que não se está, aqui, desconhecendo ou desconsiderando a jurisprudência desta Corte Superior e do STF, que, como é sabido, rechaçam, com bravura, o crime de furto de munição, devido às terríveis consequências que esse delito traz à caserna e à sociedade.

Entretanto, analisando as circunstâncias em que o acusado praticou sua conduta, bem como os precedentes de flexibilização desta Corte e do Pretório Excelso, em casos semelhantes, leva-nos a crer que, no presente feito, é possível relativizar o entendimento jurisprudencial de ambos os Tribunais Superiores diante da excepcionalidade do caso concreto.

Dessa forma, estando presentes os requisitos essenciais para configuração da atipicidade do fato em questão, entendo que o caso em análise seria melhor delineado, aplicando-se o princípio da insignificância, levando-se em consideração a intenção do acusado; a maneira como foi encontrada a "res furtiva"; o ínfimo valor do material apreendido, que, no caso concreto, não pode ser confundido furto de pequeno valor; a inexistência de prejuízo à Administração Militar, eis que todas as munições foram recuperadas; a primariedade do réu, o fato de esse acusado nunca ter respondido a outro processo, ter emprego fixo e demais circunstâncias que lhes são favoráveis.

Além do mais, a melhor doutrina e os Tribunais Superiores vêm entendendo que o instituto da tipicidade exige a conjugação formal e, principalmente, material, sob pena de se considerar a conduta atípica.

Nesse sentido, vale ressaltar o ensinamento do professor CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

> Para concluirmos pela tipicidade penal é preciso, ainda, verificar a chamada tipicidade material. (...). Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal. (*Tratado de Direito Penal*. 15. ed. SP: Saraiva, 2010).

Sobre a matéria, o STF entendeu que:

> (...). A tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício de mera adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência **formal**, a configuração da tipicidade demandaria uma análise **materialmente** valorativa das circunstâncias do caso concreto, para verificar a **ocorrência de alguma lesão grave**, **contundente** e **penalmente relevante** do bem jurídico tutelado. (HC nº 119621/MG, Min. CÁRMEN LÚCIA, julg. em 5/11/2013). (Grifo nosso).

Pautando-se, assim, na doutrina e na jurisprudência, infere-se que, no caso em exame, mesmo que a conduta do ex-militar tenha se enquadrado na tipicidade formal – que é a adequação do fato à norma –, pelo visto, não se encaixou na tipicidade material – que é a lesão ou ameaça de lesão intolerável e contundente ao bem jurídico protegido provocada pela conduta do agente. Ao contrário, pelo que se verificou "in tela", o ato praticado pelo acusado não provocou lesão grave, intolerável ou repugnante, por todas as razões já exaustivamente explanadas no feito em exame.

Acerca do fato, não foi outro o entendimento do STJ, que, ao aplicar o princípio da insignificância em caso semelhante, decidiu que:

> (...). RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA**. RES FURTIVA E DE VALOR **INFERIOR A 3%** DO **SALÁRIO MÍNIMO** (...). **RECURSO PROVIDO**.
>
> 1. Além da subsunção **formal** da conduta humana a um tipo penal, deve haver uma aplicação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, para aferir **se houve ofensividade relevante aos valores** tidos como indispensáveis à ordem social.
>
> (...)
>
> 3. O valor dos bens representava, na data do cometimento do delito, menos de 3% do **salário mínimo** vigente, (...).
>
> (...)
>
> 5. Recurso especial provido para reconhecer a **atipicidade material** da conduta e absolver o recorrente (...). (REsp nº 1.550.584/SP, Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julg. em 17/3/2016). (Grifo nosso).

Vê-se que, nesse contexto, não se pode ignorar a necessidade de demonstrar a diferença entre furto insignificante e furto de pequeno valor.

No que concerne a esse assunto, o STF alertou que:

> (...) é necessário distinguir o "furto insignificante" daquele referente à subtração de bem de pequeno valor, de modo a não estimular a prática de condutas criminosas e obstar (ou impedir) a aplicação da figura do "furto privilegiado". (HC nº 118264/MG, Min. TEORI ZAVASCKI, julg. em 5/8/2014).

Nessa esteira, o STJ julgou que:

> **VALOR** DA RES FURTIVA E **INFERIOR A 10%** (DEZ POR CENTO) DO **SALÁRIO** MÍNIMO. **IRRELEVANTE LESÃO** AO BEM JURÍDICO. **RÉ PRIMÁRIA**. (...). **IRRELEVÂNCIA**. PRINCÍPIO DA **INSIGNIFICÂNCIA**. APLICABILIDADE. (...). **(HC 303829 / SP, Min. RIBEIRO DANTAS, julg. em 25/10/2016).** (Grifo nosso).

Seguindo essa orientação jurisprudencial e fazendo-se a devida distinção entre ambos os institutos alertados pelo STF e STJ, torna-se importante lembrar que, no caso em análise, não se trata, a meu ver, de furto de pequeno valor que, segundo o art. 240, § 1º, parte final, do CPM, a coisa subtraída não pode exceder a 1/10 (um décimo) do salário mínimo – R$ 93,70 (noventa e três reais e setenta centavos, ou seja, 10% do salário, em valores atuais) – e sim de furto insignificante ou irrisório, tendo em vista que a "res furtiva" foi avaliada em R$ 12,99 (doze reais e noventa e nove centavos), isto é, 1,38% do salário mínimo em vigor.

Além do mais, a coisa de pequeno valor – 10% do salário mínimo –, que não se encaixa na conduta do ex-militar "in tela", leva a uma causa de diminuição de pena, segundo o § 1º do art. 240 do CPM, o que "in casu" foi aplicada pelo CPJ Ex na Sentença.

Em contrapartida, o furto insignificante, ínfimo ou irrisório – que, no caso dos autos, foi avaliado em 1,38% do menor salário vigente no país – autoriza o magistrado a reconhecer a atipicidade da conduta e a consequente absolvição do acusado com base na aplicação do princípio da insignificância.

Nesse particular, cabe salientar que o STF já admitiu pela aplicação do princípio da insignificância, mesmo em se tratando de delito ocorrido no âmbito militar porque, no caso concreto, estavam preenchidos os pressupostos cumulativos da mínima ofensividade, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade da conduta e relativa inexpressividade da lesão jurídica, cuja ementa consignou que:

> CRIME MILITAR (CPM, ART. 240, (...) – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - (...) - DELITO DE FURTO - **"RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R$ 40,00** (EQUIVALENTE **A 7,84%** DO **SALÁRIO** MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - **PEDIDO DEFERIDO**. (...).
>
> **(...)**. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal **tem admitido a aplicabilidade**, aos crimes militares, do **princípio da insignificância**, mesmo que se trate do crime de furto, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes. (HC nº 101470/RJ, Min. CELSO DE MELLO, Julg. em 4/5/2010). (Grifo nosso).

Como visto, esse precedente do Supremo Tribunal Federal encaixa-se perfeitamente ao caso concreto, justamente pelo ínfimo valor da "res furtiva". Além do mais, a equivocada atitude do acusado parece ter sido motivada por uma questão de ego ou capricho pessoal e não imbuído ou direcionado para fins ilícitos, criminosos ou lucrativos, a considerar que as munições não foram apreendidas no "submundo do crime", mas encontradas na posse do ex-militar depois de alguns anos.

Deduz-se, dessa forma, que, se o réu tivesse outros objetivos escusos, certamente já teria assim procedido, porque teve todo o tempo disponível, ensejando portanto, em seu favor, nesse ponto, no mínimo o benefício da dúvida quanto a sua intenção.

Por fim, não se pode deixar de ressaltar que, se de fato existe, ou existiu "essa frouxidão" ou a falta de rigor com relação às munições no interior da caserna, conforme se verificou nas declarações do acusado, no caso em questão, é porque a própria Administração Militar, de certa forma, não agiu com o rigor necessário e adequado para impedir o extravio desse tipo de material.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da Defesa, para, reformando a Sentença condenatória, absolver o ex-Cb Ex JURACI RAMOS RUIZ com espeque no art. 439, alínea "b", do CPPM, por não constituir o fato infração penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar, por falta de amparo legal, a preliminar, arguida pela Defesa, de incompetência da Justiça Militar para processar e julgar crimes praticados por militar contra bens jurídicos da União e, no mérito, por unanimidade, em dar provimento ao recurso da Defesa, para, reformando a Sentença condenatória, absolver o ex-Cb Ex Juraci Ramos Ruiz com espeque no art. 439, alínea "b", do CPPM, por não constituir o fato infração penal.

Brasília, 22 de junho de 2017 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 13-82.2015.7.03.0103-RS

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

Revisor: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Apelante: O Ministério Público Militar e Maicon Eduardo Gomes, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 mês e 10 dias de detenção, como incurso no art. 223, *caput*, c/c os arts. 70, inciso II, alíneas *l* e *m*, e 72, incisos I e III, alínea *c*, por desclassificação do art. 205, c/c os arts. 30, inciso II, e 70, inciso II, alíneas *a*, *l* e *m*, todos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 3ª CJM, de 29/2/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. AMEAÇA. HOMICÍDIO TENTADO. MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA DA JMU E DO CPJ. REJEITADAS. NULIDADE PELA NÃO APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CPP. REJEITADA.

A juntada de manifestação judicial pela DPU reveste-se de Razões Recursais Complementares às apresentadas, de modo que as admitir, nesse momento, subverteria por inteiro o sistema processual, o qual possui uma concatenação de atos e prazos que devem ser respeitados por se tratar de normas cogentes, de ordem pública, não podendo ser modificadas pela vontade das partes. Não obstante, matérias não sujeitas à preclusão para o estado-juiz, por serem de ordem pública, devem ser analisadas.

Inexiste no CPPM condição especial da ação para o prosseguimento do feito, a saber: a condição de militar da ativa. Admiti-la, como requer a Defesa, seria atuar como legislador positivo, violando regra de hermenêutica insculpida no próprio texto normativo.

O simples licenciamento do agente não acarreta a incompetência desta Justiça Especializada para julgar o processo, servindo de norte para a delimitação da competência do Conselho Permanente de Justiça o princípio *tempus regit actum*. Pelas mesmas razões, não há que aventar a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o feito. Não há de confundir, pois, aqueles que sempre foram civis com aqueles que agora são civis, mas outrora foram militares, ocasião em que cometeram delitos.

Preliminares rejeitadas. Decisão unânime.

A Decisão do magistrado que indeferiu a prova, embora sucintamente, foi devidamente motivada. No caso, o pleito defensivo já havia sido atendido, porém, diante da informação do

Comandante da Unidade Castrense, o Juiz-Auditor asseverou que a diligência já havia sido efetuada e nada acrescentaria ao processo. Ademais, por força do princípio do prejuízo, somente se cogita de nulidade nas hipóteses em que a falha apontada seja de extrema seriedade, gerando manifesto prejuízo à parte, de modo que a sua não cassação importe em grave risco à efetividade do devido processo legal processual e substancial, o que aqui não ocorreu.

O dolo da tentativa é exatamente o mesmo dolo encontrado na consumação. Isso porque, na dicção do Código Penal Militar, o delito tão somente não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Os fatos dos autos dão conta de que o sujeito ativo consumou o crime de ameaça, e não praticou o delito de homicídio na forma tentada.

No tocante à dosimetria da pena, cediço não existir um critério insuscetível de críticas e apto a solucionar todos os casos concretos levados ao cabo do Poder Judiciário. Sem embargo, a tendência jurisprudencial e doutrinária é pela adoção do critério que estabelece uma quantidade ideal – proporcional e razoável – de valoração para cada circunstância judicial desfavorável analisada pelo magistrado, consistente em 1/8 (um oitavo), em regra, sendo que o ponto de partida não será o termo médio, e sim o mínimo previsto em abstrato para o tipo. Ademais, a aplicabilidade da pena-base insere-se em uma atividade de certa discricionariedade judicial, uma vez que a legislação nacional não estabeleceu fórmulas matemáticas para a fixação da sanção, em atenção, inclusive, ao princípio constitucional da individualização da pena.

Concernente à aplicabilidade das agravantes do art. 70, inciso II, alíneas *l* e *m*, do CPM, registre-se que os militares podem ter acesso a arma, material ou instrumento de serviço sem a necessidade de estar em serviço. Não existe, pois, confusão entre as agravantes, que, por opção legislativa, estão inseridas em alíneas diferentes justamente para possibilitar a aplicação conjunta.

Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade do agente, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena *in concreto*.

Recursos não providos. Declaração da prescrição. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou as preliminares suscitadas pela Defensoria Pública da União, de ausência de condição de prosseguibilidade; de declaração da competência do Juízo comum e de incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o militar licenciado, hoje civil. **No mérito**, **por unanimidade**, negou provimento aos apelos do Ministério Público Militar e

do ex-Sd Ex Maicon Eduardo Gomes, para manter a Sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Por fim, o Tribunal, **por unanimidade**, declarou, de ofício, a extinção da punibilidade do ex-Sd Ex Maicon Eduardo Gomes, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena ***in concreto***, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII e § 1º, e 129, ambos do CPM. O Ministro José Coêlho Ferreira não participou do julgamento. Presidência do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente. Na forma regimental, usaram da palavra a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Hermínia Célia Raymundo, e o Defensor Público Federal de Categoria Especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Hermínia Célia Raymundo. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 9ª Sessão, 21/2/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR e por MAICON EDUARDO GOMES, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 mês e 10 dias de prisão, como incurso no art. 223, *caput*, c/c os arts. 70, inciso II, alíneas *l* e *m*, e 72, incisos I e III, alínea *c*, por desclassificação do art. 205, c/c os arts. 30, inciso II, e 70, inciso II, alíneas *a*, *l* e *m*, todos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

A presente Ação Penal é oriunda do Auto de Prisão em Flagrante, lavrado em 28/1/2015, no âmbito do 19º Batalhão de Infantaria Motorizado, localizado na cidade de São Leopoldo/RS.

Narra a Denúncia (fls. 1-1/1-4), *in verbis*:

> No dia 28 de janeiro de 2015, por volta das 23h20min, no Corpo da Guarda do 19º BIMtz, em São Leopoldo-RS, o denunciado Soldado Maicon Eduardo Gomes, que estava de serviço de sentinela da Guarda, foi preso em flagrante por tentativa de homicídio contra o Cabo Roberto da Silva Lima, então Cabo da Guarda.
>
> Segundo consta, o Cb Roberto ordenou aos soldados que sentassem no banco existente na Guarda para ouvirem sua explanação, no que foi atendido. Então, começou a dizer aos soldados que estava havendo muita demora na execução de ordens e, em razão disso, é que todos es-

tavam ali, em horário de descanso, sentados recebendo orientações. O denunciado manifestou insatisfação com a mencionada situação e, ato contínuo, o Cb Roberto dirigiu-se a ele dizendo que não era um bom exemplo para os soldados de 2014 e que, dessa maneira e "com essa moral de cueca", como poderia cobrar dos soldados de 2015, ao que o denunciado de cabeça baixa repetia: "Brasil, Cabo; Brasil..", até que o Cb perguntou "tu estás ponderando guerreiro?". Nesse instante, o Sd Maicon Eduardo Gomes levantou-se e retirou o carregador desmuniciado do fuzil que portava; colocou o carregador municiado e perguntando ao Cb: "o Senhor acha que está lidando com criança?", executou o carregamento do fuzil, destravou o mesmo e, quando faria o movimento para apontar a arma diretamente para o Cb Roberto, os Soldados Davi, Mariano e Klismann, que estavam ao seu lado, utilizando de força física necessária, seguraram o denunciado pelos dois braços e também o cano do armamento, direcionando este para o chão, ocasião em que os Sargentos Sobroza e Schalenberger retiram o fuzil das mãos do Sd Maicon Eduardo Gomes.

Nesse mesmo tempo, o ofendido sentindo-se ameaçado diante do grave mal que sofreria em razão dos movimentos do denunciado procurava sair da mira do fuzil. Toda a ação durou poucos segundos.

Na sequência, foi verificado que efetivamente havia munição na câmara do fuzil; a arma teve a munição retirada e o denunciado foi preso em flagrante pelo 2º Ten Stobbe.

Conforme apuração, todos os seus movimentos revelaram que estava prestes a disparar contra seu superior hierárquico, o que só não se concretizou, por razões alheias a sua vontade eis que, como dito, vários militares envolveram-se para a sua contenção, para desviar o cano da arma da direção do Cb Roberto e para desarmá-lo.

O denunciado tinha treinamento de manuseio de arma de fogo e pleno conhecimento de que o resultado de um disparo com munição 7,62, a cinco metros de distância, provavelmente, seria fatal caso atingisse o Cb Roberto.

Por assim agir, restou evidenciado que o Sd Maicon Eduardo Gomes, mediante o uso de um fuzil, tentou matar seu superior hierárquico, estando, por isso, incurso nas sanções do tipo penal do art. 205 c/c os arts. 30, inciso II, 70, inciso II, alíneas "a", "l", "m", todos do CPM.

Integram o acervo probatório, entre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Prisão em Flagrante (fls. 4/8);
- Escala de Serviço (fls. 14/15);
- Folha de Alterações do acusado (fls. 19/21 e 203/213);
- Exame do Estado de Higidez do acusado (fl. 23);
- Nota de Culpa (fl. 24);

- Relatório (fls. 25/27);
- Nota de Ciência de Garantias Constitucionais (fl. 28); e
- Folha de Antecedentes Criminais (fls. 149, 157/158).

A Defensoria Pública da União postulou o relaxamento da prisão em flagrante ou a concessão de liberdade provisória ao flagranteado (fls. 33/40). O Juiz-Auditor Substituto plantonista, no entanto, homologou o Auto de Prisão em Flagrante e manteve a prisão do agente para o resguardo da disciplina, com base no art. 255, alínea e, do CPPM (fl. 41).

Intimado, o Ministério Público Militar manifestou-se pela decretação da prisão preventiva, com fulcro no art. 255, alínea e, do CPPM, ocasião em que ainda foi apresentada a peça pórtico (fls. 44/45).

A Denúncia, oferecida em 4/2/2015, foi recebida em 6/2/2015, tendo o Juízo de primeiro grau acolhido o pleito ministerial, para decretar a prisão preventiva do denunciado (fl. 46).

Não obstante, após 23 dias de cárcere, o Ministro José Barroso Filho concedeu pleito liminar da Defensoria Pública da União, que impetrou, nesta Corte Superior, o *Habeas Corpus* nº 32-90.2015.7.00.0000, em favor do acusado (fls. 83/85). Em 20/2/2015, foi expedido o Alvará de Soltura, que restou devidamente cumprido na mesma data (fl. 153).

Devidamente citado (fl. 80), o acusado compareceu em Juízo, ocasião em que foi qualificado e interrogado (fls. 88/90), tendo alegado o seguinte:

> (...) que, no dia dos fatos, se encontrava na OM, **de serviço**; (...) que **a arma supostamente utilizada estava em seu poder**; que a imputação não é verdadeira; que não sabe de ninguém que lhe tenha imputado o fato; (...) **que no dia do fato o ofendido estava implicando com membros da guarda, especialmente com o acusado**; que acredita que isso ocorreu porque fazia mais de um ano e meio que o ofendido não tirava serviço de guarda, pois pertencia ao pelotão de obras; que, no dia dos fatos, o cabo o havia colocado em função não compatível com a sua antiguidade; (...) que o ofendido chamou a atenção dos membros da guarda; que o cabo disse "para ninguém chorar" e que o acusado disse "que ninguém estava chorando"; que o ofendido questionou se o acusado estava ponderando com ele; **que o ofendido disse ao acusado alguns impropérios, como "moral de cueca, sem moral, lixão"; que perdeu o autocontrole e colocou o carregador na arma, fazendo menção de levantar-se; que imediatamente foi contido pelos colegas**; que o Sgt Schallemberger puxou o fuzil de suas mãos; **que não chegou a apontar a arma ao cabo; que não tinha a intenção de apontar ou atirar contra o cabo; que pretendia apenas "dar um susto" no ofendido, mas que jamais cogitou atirar**. (...) **que não se opôs quando a arma foi retirada de suas mãos; que retirou o carregador vazio da arma e colocou**

> **o municiado**; que foi contido pelo Sd Mariano, Rabello e David; perguntado porque trocou o carregador vazio pelo municiado, preferiu não responder.(...) que apenas colocar o carregador na arma não a torna apta ao disparo, pois deve-se destravar a arma e puxar o gatilho. (grifei).

Foi ouvido o ofendido Cb Ex Roberto da Silva Lima (fls. 91/92), que declarou em Juízo:

> (...) que no dia dos fatos era Cabo da Guarda; que houve uma solenidade na OM, e o Comandante da Guarda disse que os militares de sentinela deveriam permanecer no banco, sem descanso, pois o serviço não tinha sido a contento; que o ofendido transmitiu a determinação aos membros da guarda, e que o acusado questionou aquela determinação; que até entende que o acusado tinha razão, mas que não poderia desobedecer a ordem recebida; que o acusado reclamava que não havia tido tempo de descanso e que havia permanecido mais tempo no quarto de hora; **que chamou a atenção do acusado, indagando se esse era o exemplo que ele pretendia passar aos recrutas; que entre os soldados presentes, ele era o mais antigo; que o acusado estava de cabeça baixa, colocou o carregador municiado no fuzil e deu um golpe de segurança; que tentou se proteger e que, portanto, não viu se o acusado chegou a apontar a arma**; que não viu quem desarmou o acusado; (...) **que entende que quando disse ao acusado que ele teria "moral de cueca" excedeu-se um pouco**; que após dar o golpe de segurança, bastava ao réu destravar a arma e atirar (...). (grifei).

Foram, ainda, inquiridas as seguintes testemunhas arroladas pela acusação:

Sd Ex Klismann Rondão Aguiar de Araújo (fls. 93/94):

> (...) que estava de serviço no dia dos fatos; que o ofendido passou instruções e reclamou da qualidade do trabalho dos membros do corpo da guarda; que o acusado passou a ponderar com o cabo; **que o ofendido indagou ao acusado se esse era o padrão que ele pretendia passar aos recrutas; que o ofendido não utilizou palavrões; que, após essa discussão, o acusado colocou o carregador municiado na arma, deu o golpe de segurança, e quando ia apontá-la ao ofendido, o depoente e outros colegas o seguraram**; que o ofendido notou o procedimento do acusado e foi para o lado; que não sabe dizer se o acusado e o ofendido tinham algum tipo de desavença anterior; (...) **que o acusado deu o golpe de segurança na arma de forma voluntária; que o acusado, efetivamente, destravou a arma; que foi o depoente quem voltou a travá-la**. (...) que tiveram que conter o acusado, utilizando-se de força física; que o Sargento retirou a arma das mãos dele; **que o acusado não opôs resistência quando o graduado retirou a arma de suas mãos**. (...). (grifei).

Sd Ex David Santa Catarina (fls. 95/96):

> (...) que, por conta de uma solenidade, os sentinelas não tiveram horário de descanso; que o acusado questionou o ofendido sobre o descanso; **que o ofendido disse que seria dessa forma, e questionou o**

acusado sobre a sua moral, afirmando que ele não estava dando bom exemplo aos recrutas; que o ofendido disse que o acusado era "um lixo" e que tinha "moral de cueca"; **que o acusado estava calmo, sentado, colocou o carregador municiado na arma, deu o golpe de segurança, destravando-a; que o depoente colocou a mão no cano do fuzil, abaixando-o; que o acusado não reagiu quando o depoente abaixou a arma; que colocaram o acusado sentado, mas que ele não opôs nenhum tipo de resistência**; que o acusado aparentava estar em "estado de choque"; os sargentos vieram ao local, o acusado entregou a arma, e, demonstrando nervosismo, entregou a arma; (...) **que viu quando o acusado destravou a arma e deu o golpe de segurança; que, quando o acusado levantou e carregou a arma, o cabo procurou abrigo**; (...) que, quando os graduados retiraram a arma, verificaram que a munição estava na câmara; (...). (grifei).

Sd Ex Adriano Mariano (fls. 97/98):

(...) **que estava de serviço e viu que o ofendido humilhou o acusado, falando que ele não tinha moral**; que o acusado estava sentado de cabeça baixa; **que, ao levantar-se, colocou o carregador municiado na arma**; que o depoente puxou o fuzil, assim como outros militares presentes; que não sabe se o acusado deu o golpe de segurança na arma, que não viu; que, quando os sargentos pegaram a arma, viram que havia munição na câmara; **que o acusado não apontou a arma ao cabo, pois foi impedido antes; que o acusado não ofereceu resistência e estava bastante nervoso**; que sabe que o ofendido não gosta muito de trabalhar com os militares do Pelotão de Obras, à qual pertencem o acusado e o depoente; que o Sd Silvio retirou o carregador municiado da arma e que este caiu no chão. (...). (grifei).

Sgt Ex Josué Schallenberger dos Reis (fls. 99/101):

(...) que o acusado encontrava-se sentado, com um fuzil na mão, e outros militares tentavam segurá-lo; que não viu o réu em pé; que se dirigiu ao local, segurou no guarda mão da arma, desviando o cano para outro local; que não sabe dizer exatamente para qual lado desviou o cano da arma, pois tudo foi muito rápido; que, quando chegou no Corpo da Guarda, viu que o Cabo estava em pé, chamando a atenção dos militares que estavam no banco; que observou que a arma estava apontada para o local onde o cabo estava anteriormente, mas que não sabe se o cabo estava ainda no mesmo local; (...) que no dia do fato havia a passagem de comando na OM; que, devido ao evento, os militares do corpo da guarda deveriam prestar as homenagens às autoridades presentes; que era necessário que os militares permanecessem no banco; (...) que não ouviu a arma ser carregada, apenas verificou depois, pois havia munição na câmara; que o acusado não estava com o armamento apontado para o chão, mas em direção aonde estava o cabo; que não sabe se o acusado ofereceu resistência quando foi desarmado; que, após o fato, o acusado levantou-se e tentou "partir para cima do Cabo"; que o acusado, nesse instante, foi segurado por dois soldados e mais o Oficial de Dia; (...).

Sgt Ex Gilliard Freitas Sobrosa (fls. 102/103):

> (...) **que ouviu o barulho da arma sendo carregada; que imediatamente se voltou, e viu o réu sendo contido por outros militares**; que retirou o fuzil da mão do acusado, ejetando a munição da câmara; **que o acusado não ofereceu resistência para entregar a arma**; que não sabe dizer se o ofendido e o acusado tinham alguma desavença anterior; que não sabe o motivo do desentendimento. (...) que não recorda as palavras que o ofendido utilizou com os militares sentados no banco, mas não ouviu palavrões ou xingamentos; **que o ofendido estava chamando a atenção dos militares, mas de uma maneira normal; que o acusado estava tentando apontar a arma para o Cabo da Guarda, e que não conseguiu por interferência do Cabo da Arma**; (...) **que, quando pegou a arma, ela estava travada**;(...) que após o fato o acusado estava nervoso. (grifei).

Na mesma Sessão, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército indeferiu pleito da Defesa de inversão da ordem do interrogatório, mantendo-se o ato no início da instrução processual, ressalvado o direito do acusado de manifestar-se ao final da instrução (fl. 105).

Nesta Corte de Justiça, foi definitivamente concedida a ordem nos autos do *Habeas Corpus* nº 32-90.2015.7.00.0000, para que o acusado responda em liberdade à Ação Penal Militar. Leia-se a ementa do julgado:

> Habeas corpus. Homicídio tentado. Conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva. Liminar deferida para colocar o Paciente em liberdade. Constrangimento ilegal por parte do Juiz-Auditor Substituto. Excepcionalidade da prisão preventiva. Desnecessária a manutenção da custódia preventiva. Ordem concedida para que responda ao processo em liberdade. Tratando-se de Paciente preso, em sede de prisão preventiva, a manutenção da restrição do *status libertatis* somente se justifica caso estejam presentes uma ou mais hipóteses previstas no art. 255 do CPPM. A plausibilidade jurídica da concessão da Ordem restou caracterizada pelos elementos fáticos e jurídicos trazidos à colação, pois, em momento algum, restou demonstrado o *periculum libertatis* em razão da liberdade do Paciente. A prisão em flagrante, corretamente lavrada no primeiro momento e, posteriormente, convertida em prisão preventiva, não mais se justifica, visto que a manutenção das normas e princípios de hierarquia e disciplina militares já foi garantida. Manter a prisão preventiva, no atual momento processual em que se demonstra a ausência dos fundamentos do art. 255 do CPPM, caracteriza constrangimento ilegal pela antecipação indevida do cumprimento da pena que sequer foi imposta na Ação Penal Militar. Decisão liminar confirmada. Concedida a Ordem. Decisão unânime. (Ministro-Relator José Barroso Filho, DJe de 16/3/2015).

Por outro lado, irresignada com o indeferimento da inversão da ordem do interrogatório, a DPU impetrou neste STM o *Habeas Corpus* nº 73-57.2015.

7.00.0000, de relatoria do Ministro ODILSON SAMPAIO BENZI, cuja ementa foi a seguinte:

> HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. LIMINAR DE SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. INVERSÃO DO INTERROGATÓRIO COM BASE NO ART. 400 DO CPP. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NÃO OBSERVÂNCIA DA LEI Nº 11.719/08 NESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 15 DO STM. MÉRITO. DENEGAÇÃO DA ORDEM POR FALTA DE AMPARO LEGAL. Liminar indeferida, tendo em vista que, além de não preencher os requisitos necessários para a concessão da medida *in limine*, requerida pela Defesa, a alteração do art. 400 do CPP, pela Lei nº 11.719/08, e o Pacto de São José não revogaram o art. 302 do CPPM. No mérito, incabível a nulidade da oitiva por não existir ilicitude na aplicação especialíssima da legislação castrense, nem afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem denegada. Decisão por maioria. (DJe de 20/5/2015).

Dada vista à Defesa, para o fim do art. 417, § 2º, do CPPM, a Defensoria Pública da União indicou três testemunhas (fl. 151), cujos relatos passo a reproduzir:

Mateus dos Santos Pinheiro (fls. 263/265):

> (...) **que a vítima chegou e começou a destratar o acusado; que a vítima disse ao acusado que este era "um porcaria, não tinha moral, que era um lixo e não tinha capacidade de comandar ninguém"**; que não sabe porque a vítima disse essas ofensas; que no início do serviço já havia notado que o acusado havia sido escalado para o pior posto, o que não é normal, pois havia outros soldados mais modernos que o Soldado e os postos são distribuídos de acordo com a antiguidade de cada um; **que o acusado não revidou as ofensas verbais da vítima; que o acusado colocou o carregador na arma, levantou-se do banco com o cano da arma apontado para o alto; que, quando o Sargento Schallenberger puxou a arma do acusado, enganchou na arma e engatilhou; que em momento algum o acusado apontou a arma em direção à vítima**; que não sabe se o acusado e a vítima tinham alguma desavença; que não recorda se ao colocar o carregador na arma o acusado disse alguma coisa para o cabo; que não sabe o que a vítima quis dizer quando afirmou que o acusado tinha condições de comandar.(...) **que o Soldado Klismann, que depôs às folhas 93 não se encontrava no local pois estava no quarto de hora**; que, quando segurou o acusado, a arma não estava pronta para disparo; (...) que o Sargento Comandante da Guarda ajudou a segurar o acusado; (...) que, quando ocorreram os fatos, encontravam-se no momento em que deveriam estar sentados no banco. (grifei).

Silvio da Conceição de Oliveira (fls. 266/268):

> (...) que se encontrava no banco com o acusado quando a vítima passou a reclamar dos serviços dos militares ali presentes; (...) **que a vítima**

> **se dirigiu ao acusado chamando de "lixo, porcaria", dizendo que ele não tinha moral, que não tinha padrão para comandar os recrutas 2015; que o acusado não reagiu às ofensas apenas repetia "Brasil"; que o acusado levantou-se com o cano da arma apontado para o chão e colocou o carregador; que o depoente e outros Soldados seguraram o acusado**; (...) **que o Sargento Schallenberger puxou o fuzil e que nesse momento a arma acabou sendo alimentada; que a arma permaneceu travada**; (...) **que em nenhum momento o acusado apontou a arma para alguém**; (...) **que, quando o Sargento puxou a arma do acusado, o depoente ouviu um barulho no ferrolho que identificou como de carregamento** e por isso colocou a mão no carregador; que a vítima não permaneceu no local e correu. (...) **que o acusado disse ao depoente que estava de "cabeça quente" e apenas queria dar um susto na vítima**; (...) **que o acusado não resistiu quando foi seguro pelo depoente e pelos demais**; (...) que a vítima é mal-educada e grosseira com os seus subordinados. (grifei).

Patrick Israel Rabelo Dutra (fls. 269/270):

> (...) **que a vítima começou a ofender quem estava ali sentado reclamando do serviço, e começou se dirigir diretamente ao acusado**; **que a vítima disse ao acusado que ele não teria padrão para cobrar os Soldados 2014 entre outras ofensas**; que o acusado não reagiu às agressões verbais apenas repetia "Brasil", para o Cabo; **que o acusado colocou o carregar na arma mas não a municiou e nem destravou; que o acusado não apontou a arma em direção da vítima**; que o Sargento Schallenberger e Sobrosa tiraram a arma das mãos do acusado que não teve reação; (...) **que o cartucho foi parar na câmera da arma quando o Sargento Schallenberger retirou a arma da mão do acusado acidentalmente acabou carregando o fuzil; que apenas viu o acusado segurando o fuzil com o cano voltado para cima**. (...). (grifei).

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM requereu diversas informações, tais como a presença de autoridades na OM, o horário e o procedimento previsto para o dia dos fatos, bem como o envio de filmagens, caso houvesse (fls. 274/275).

Por sua vez, a DPU também pugnou pelo encaminhamento das imagens registradas e por esclarecimentos sobre o motivo de as câmeras de segurança terem sido retiradas do local após a ocorrência dos fatos (fl. 277).

Ambos os requerimentos foram deferidos pelo Juízo (fl. 278), tendo o Comandante do 19º Batalhão de Infantaria Motorizado, Tenente-Coronel Márcio Cossich Trindade, prestado as seguintes informações, além de juntar aos autos o Roteiro da Guarda do Quartel e o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (fls. 289/294):

> 1. A seção responsável pelo monitoramento do sistema de câmeras da OM informou que, à época, a câmera instalada no corpo da guarda não contemplava o ângulo onde ocorreu o fato em pauta. Tal câmera não

foi retirada, mas tão somente trocada de lugar para que pudesse abranger o ângulo do fato ocorrido o que é possível atualmente.

2. Existiam diversas autoridades civis e militares nesta OM, inclusive alguns Oficiais-Generais, no dia e horário do evento em questão. Isso devido à cerimônia de passagem de Comando.

3. A guarda do quartel estava composta por vinte e quatro soldados como de praxe. Estes militares foram divididos entre oito postos de serviço igualmente. Essa divisão é chamada de "quartos-de-hora", como se demonstra no documento anexo.

4. O quarto-de-hora que estava em posição, nos postos de defesa da OM no momento do incidente, era o 2º quarto. Os militares integrantes do 1º e do 3º quartos-de-hora estavam todos no corpo da guarda, revezando-se em duas missões. A primeira era a de força de reação (em prontidão no banco do corpo da guarda) que atua em caso de acionamento do Plano de Defesa do Aquartelamento. A segunda englobava missões administrativas, dentre elas, controle/orientação de entrada e saída de pessoal civil e militar no interior do quartel, pois se tratava de um dia festivo no Batalhão.

5. O soldado MAICON EDUARDO GOMES estava escalado no 3º quarto-de-hora no posto denominado Paiol, conforme documento anexo. Por este motivo, na hora do incidente se encontrava na missão de força de reação explicada acima.

6. Não é adotada uma escala formal para a composição do banco do corpo da guarda. O critério utilizado é o do maior descanso, conforme previsão legal dos parágrafos 3º e 4º do art. 207 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais – RISG, conforme anexo.

7. Existindo autoridades na OM, civis ou militares de diversas patentes, a previsão da quantidade de soldados que devem ficar no banco do corpo da guarda é de cinco. Esses soldados, integrantes da força de reação, também executavam as continências regulamentares (recepção ou despedida) às autoridades militares.

A DPU ainda insistiu na diligência de remessa das imagens captadas no corpo da guarda no dia do evento (fl. 296). O requerimento, contudo, foi indeferido (fl. 297).

Em Alegações Escritas, o Órgão Ministerial afirmou ter restado demonstrada a prática do crime de homicídio tentado, indicando trechos da prova oral produzida, pelo que pugnou pela condenação do agente, como incurso no art. 205 c/c o art. 30, inciso II e o art. 70, inciso II, alíneas *a*, *l* e *m*, todos do CPM (fls. 299/303).

Por seu turno, a DPU sustentou, preliminarmente, a nulidade do processo, ante o cerceamento de defesa e a ausência de fundamentação da Decisão que indeferiu a produção de prova das imagens da câmera de segurança

do Corpo da Guarda e, no mérito, a absolvição do réu, com fulcro no art. 439, alíneas *c* e *e*, do CPPM. Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação para o crime de ameaça e, no caso de condenação, pela aplicação da minorante do § 1º do art. 205 do CPM, em razão da injusta provocação da vítima, pela aplicação das atenuantes do art. 72, incisos I, II e III, alíneas *a*, *c* e *e*, do CPM, e pelo afastamento das agravantes apontadas pela acusação (fls. 305/317).

Sobreveio comunicação de licenciamento do acusado das fileiras do Exército, por término da prorrogação de tempo de serviço (fl. 330).

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar defensiva e, no mérito, por maioria de votos (3x2), condenou o ex-Sd Ex MAICON EDUARDO GOMES, por desclassificação, à pena de 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, pela prática do delito previsto no art. 223 do CPM, com o regime inicialmente aberto, detraindo-se o período em que permaneceu preso, e com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos (fls. 337/338).

A Sentença de fls. 341/355 foi lida e publicada em 7/3/2016, tendo sido o *Parquet* Castrense intimado na mesma data (fl. 356), e a Defesa em 18/3/2016 (fl. 366).

Em 8/3/2016, o Ministério Público Militar interpôs tempestiva Apelação (fl. 359) e, em 16/3/2016, apresentou suas Razões (fls. 361/365), nas quais pleiteou a condenação do agente como incurso no art. 205, c/c os arts. 30, inciso II, e 70, inciso II, alíneas *a*, *l* e *m*, todos do CPM, por restar configurada a pretensão do acusado de causar a morte do ofendido, ou, ao menos, por assumir o risco de tal resultado, que só não se concretizou por razões alheias a sua vontade, uma vez que vários militares conseguiram contê-lo.

Em Contrarrazões (fls. 368/373-v), a Defesa realizou menções a prova oral produzida, postulando a manutenção da Sentença *a quo,* por seus próprios fundamentos, e rechaçando a aplicabilidade das agravantes apontadas.

Em 28/3/2016, o condenado interpôs tempestiva Apelação (fl. 367) e, em 11/5/2016, apresentou suas Razões (fls. 375/386), nas quais sustentou a nulidade processual, tendo em vista o cerceamento de defesa pelo não fornecimento das imagens das câmeras de segurança e pela ausência de motivação da decisão que indeferiu a prova requerida e, no mérito propriamente dito, a atipicidade da conduta, que consistiu apenas em atos preparatórios, sendo que a imputação ministerial foi de tentativa de homicídio, o que exigiria, ao menos, tivesse o agente iniciado a fase executória do *iter criminis*. Subsidiariamente, caso mantida a condenação, pleiteou, no tocante à dosimetria da pena, a diminuição da pena-base aplicada, tendo em vista a consagração doutrinária do termo médio como o melhor critério, e o afastamento das agravantes do art. 70, inciso II, alíneas *l* e *m*, do CPM, sob pena de configuração do *bis in idem*, uma

vez que "os militares apenas têm acesso aos armamentos e instrumentos de serviço, estando em serviço".

Em Contrarrazões (fls. 388/393), o MPM requereu o desprovimento do Recurso, ressaltando merecer reforma a Sentença, no tocante à desclassificação da tentativa de homicídio para ameaça.

Nesta instância, o Dr. Edmar Jorge de Almeida, Subprocurador-Geral de Justiça Militar, em Parecer de fls. 404/412, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos Apelos, devendo ser mantida a sentença íntegra por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Intimada da colocação do feito em mesa para julgamento, a Defensoria Pública da União, em manifestação de fls. 426/429, sustentou a "falta da condição de procedibilidade/prosseguibilidade", culminando com "a extinção do processo ou o seu encaminhamento à Justiça comum para que seja processado nos termos do Código Penal 'comum'". Subsidiariamente, pleiteou o reconhecimento da incompetência do Conselho Permanente de Justiça, devendo o feito ser apreciado monocraticamente pelo Juiz-Auditor.

É o Relatório.

VOTO

Os recursos são tempestivos, cabíveis e foram interpostos por partes legítimas e interessadas. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, devem ser conhecidos.

QUESTÃO DE ORDEM

Ab initio, analiso a petição da Defensoria Pública da União de fls. 426/429. Em tal manifestação, a DPU pleiteou a extinção do feito ou o encaminhamento à Justiça comum por falta de condição de "procedibilidade/prosseguibilidade", uma vez que o réu teria sido licenciado das fileiras militares. Subsidiariamente, pugnou pela declaração de incompetência do Conselho Permanente de Justiça para o julgamento do civil, que deveria ter sido processado e julgado, singularmente, pelo juiz togado.

Sucede que a intimação da DPU de Categoria Especial apenas se deu em razão de o feito estar em mesa para julgamento, não podendo ela, neste momento processual, inovar as Razões já ofertadas pelo Órgão Defensivo da União com atuação na primeira instância.

Ressalto que somente para o Ministério Público, na condição de *custos legis*, há previsão de manifestação nos autos mediante a produção de parecer, inexistindo igual procedimento no que tange à Defensoria Pública da União. Mais, mesmo que lhe fosse conferido tal direito – o de opinar no feito –, o Órgão

Julgador não estaria obrigado a analisar a tese aventada, podendo considerá-la consoante seu livre convencimento.

Impende apontar, ainda, a vedação constante no art. 378 do CPPM, que impede a apresentação de documentos quando os autos estiverem conclusos para julgamento, como ocorreu no caso em apreço.

A toda evidência, anoto que a juntada de manifestação judicial pela DPU reveste-se de Razões Recursais Complementares às apresentadas às fls. 375/386, de modo que as admitir, nesse momento, subverteria por inteiro o sistema processual, o qual possui uma concatenação de atos e de prazos que devem ser respeitados por se tratar de normas cogentes, de ordem pública, não podendo ser modificadas pela vontade das partes.

Aceitá-las, portanto, acarretaria transtornos para o processo, visto que implicaria renovação de todos os atos processuais já devidamente realizados após a apresentação das razões recursais.

Dessa forma, em consonância com a jurisprudência deste STM e também a do STJ, deixo de conhecer das razões complementares protocoladas em 9/12/2016, uma vez que operada a preclusão consumativa.

A título ilustrativo, leiam-se as seguintes ementas:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 290 DO CPM. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE REJEITOU A DENÚNCIA ANTE O NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS ÍNSITOS NAS ALÍNEAS "A" E "B" DO ART. 30 DO CPPM, C/C O ART. 395, INC. III, DO CPP, POR ANALOGIA. PRELIMINAR LEVANTADA PELA DPU QUANDO DA INTIMAÇÃO DA COLOCAÇÃO DO FEITO EM MESA PARA JULGAMENTO. EXTEMPORANEIDADE. DENÚNCIA LASTREADA UNICAMENTE NA DELAÇÃO DE CORRÉU E NA CONFISSÃO REALIZADA NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE QUANDO O ACUSADO AINDA ERA TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO QUANTO AO DIREITO AO SILÊNCIO. *NEMO TENETUR SE DEGETERE*. **É extemporânea a arguição de preliminar de nulidade da Denúncia pela ausência de laudo toxicológico preliminar quando da intimação de que o feito está em mesa para julgamento. Preliminar não conhecida**. Maioria. (...). Recurso ministerial a que se nega provimento. Unânime. (STM: RSE 121-37.2015.7.09.0009, Ministro-Relator Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, DJe de 5/5/2016) (grifei).
>
> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. **DESCONSIDERAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO APRESENTADAS EM ADITAMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA**. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. NÃO OCORRÊNCIA. ESTRITA OBSERVÂNCIA DO ART. 263 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. **Com a interposição do primeiro recurso de apelação do**

> **Paciente, ocorreu a preclusão consumativa, pois, pelo princípio da unicidade ou unirrecorribilidade recursal, é vedada a interposição simultânea de recursos contra a mesma decisão judicial**. Precedentes. 2. O advogado constituído pelo Paciente foi devidamente intimado da pauta da sessão de julgamento do recurso de apelação e do respectivo acórdão. Observância do disposto no art. 263 do Código de Processo Penal. 3. Ordem denegada. (STJ: HC 143.614/BA, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 22/3/2010) (grifei).

Assim sendo, entendo que a manifestação do Órgão Defensivo não deve ser conhecida, devendo ser recebida como simples **memoriais**.

Não obstante, certo é que há matérias não sujeitas à preclusão para o Estado-juiz, como a competência absoluta, os pressupostos processuais, as nulidades absolutas e a prescrição. São temas *ope legis*.

Sobre a questão do efeito translativo dos recursos, leciona Nelson Nery[148], *verbis*:

> O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. Aplicam-se na instância recursal os arts. 128 e 460 do CPC. Caso o órgão destinatário do recurso extrapole o pedido de nova decisão, constante das razões do recurso, estará julgando extra, ultra ou citra petita, conforme o grau e a qualidade do vício em que incorrer.
>
> Casos há, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contrarrazões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento extra, ultra ou infra petita. Isto ocorre normalmente com questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (...).

Nesse cenário, analiso as formulações levantadas nos memoriais em sede de preliminar, à vista de elas poderem ser arguidas a qualquer momento e grau de jurisdição, dada a natureza de ordem pública.

PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE "PROCEDIBILIDADE/PROSSEGUIBILIDADE"

A priori, o reconhecimento de quaisquer condições da ação ou pressuposto processual deve advir do Parlamento, e não do intérprete. Nesse mister, inexiste na Norma Adjetiva Castrense determinante ou pressuposto processual que vinculem o *status* de civil ou de militar daquele a ser processado pelo crime capitulado no art. 223 do CPM. Cabe citar que o CPPM, em seu art. 2º, trouxe os limites interpretativos da Lei Instrumental, *verbis*:

---

[148] NERY JR., Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 415.

> Interpretação literal
>
> Art. 2º A lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões. Os termos técnicos hão de ser entendidos em sua acepção especial, salvo se evidentemente empregados com outra significação.
>
> Interpretação extensiva ou restritiva
>
> § 1º Admitir-se-á a interpretação extensiva ou a interpretação restritiva, quando for manifesto, no primeiro caso, que a expressão da lei é mais estrita e, no segundo, que é mais ampla, do que sua intenção.
>
> Casos de inadmissibilidade de interpretação não literal
>
> § 2º Não é, porém, admissível qualquer dessas interpretações, quando:
>
> a) cercear a defesa pessoal do acusado;
>
> **b) prejudicar ou alterar o curso normal do processo, ou lhe desvirtuar a natureza;**
>
> **c) desfigurar de plano os fundamentos da acusação que deram origem ao processo**. (grifei).

Repiso, inexiste no CPPM condição especial da ação para o prosseguimento do feito, a saber: a condição de militar da ativa. Admiti-la, como requer a Defesa, seria atuar como legislador positivo, violando regra de hermenêutica insculpida no próprio texto normativo.

Em razão do exposto, rejeito a preliminar de ausência de condição de prosseguibilidade suscitada pela DPU, por falta de amparo legal.

PRELIMINAR SOBRE A DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O JUÍZO COMUM

Por igual, não assiste razão a Defesa.

O crime em análise ocorreu dentro do aquartelamento, ao tempo em que o acusado era militar da ativa e estava sujeito às leis penais castrenses. O simples licenciamento do agente não acarreta a incompetência desta Justiça Especializada para julgar o feito, servindo de norte para a delimitação da competência do Conselho Permanente de Justiça o princípio *tempus regit actum*.

A propósito, ressalto o seguinte precedente do Plenário do STF:

> EMENTA. **Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que**

> **não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência**. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. **1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa.** 3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). 4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (*lex mitior*) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (HC 127900, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 3/8/2016) (grifei).

Para a fixação da competência da Justiça Federal Castrense, ressalta-se a adequação típica do art. 9º, inciso II, alínea e, do CPM, *verbis*:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
>
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado.

Por conseguinte, tendo em vista que a conduta delituosa restou consumada em 28/1/2015 e que o licenciamento das fileiras do Exército do agente somente se deu em 7/8/2015, firmo a competência desta Justiça Militar da União para o julgamento do feito, razão pela qual rejeito a presente preliminar.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA

Neste ponto, reconheço a existência de questionamentos no tocante aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça julgarem civis, objeto da ADPF nº 289.

Não obstante, convém ressaltar que o julgamento de civis pela Justiça Militar da União tutela os bens jurídicos castrenses e respalda-se na positividade máxima vigente, nomeadamente nos arts. 5º, inciso LXI; 20, inciso II; 92, inciso VI; 109, incisos IV e IX; 122, incisos I e II; 124, *caput* e parágrafo único; e 125, § 4º, todos da CF.

O poder constituinte primogênito, atento às peculiaridades dos bens jurídicos militares federais, entendeu por bem não restringir a competência da Justiça Federal Castrense apenas aos agentes militares e, por igual, abarcar os civis. Daí, o art. 124 da CF aduziu competir à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei, sem impor distinções ao agente.

Nesse conspecto, entendo que a melhor distribuição da competência interna de primeiro grau, **em tempo de paz**, é a *ratione personae*, na qual o Conselho de Justiça revela-se responsável pelo julgamento dos crimes própria ou impropriamente castrenses cometidos por militares ao tempo dos fatos, e o juiz togado, por sua vez, tem a atribuição de julgar monocraticamente os crimes própria ou impropriamente militares cometidos por civis ao tempo dos fatos.

Não há de confundir, portanto, aqueles que sempre foram civis com aqueles que agora são civis, mas outrora foram militares, ocasião em que cometeram delitos.

Desse modo, não obstante o meu posicionamento em que aplico a técnica da interpretação conforme a Constituição aos arts. 16 a 28 da Lei de Organização Judiciária Militar, por entender que o julgamento dos que sempre foram civis deve ser realizado monocraticamente pelo Juiz-Auditor no presente caso a conduta delitiva foi perpetrada dentro do aquartelamento, ao tempo em que o acusado era militar da ativa e estava sujeito às leis penais militares.

Destarte, o simples licenciamento do agente não pode acarretar a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o feito, servindo de norte para a delimitação do Órgão Julgador o princípio *tempus regit actum*, como ressaltado alhures.

Nesse sentido, ressalto, novamente, o julgamento pelo STF do *HC* 127900, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, pelo Tribunal Pleno (DJe de 3/8/2016), em que restou consignado que o fato de os acusados "não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa".

Também colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

> APELAÇÃO. DEFESA. ART. 290 DO CPM. PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA NA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL APÓS A COLOCAÇÃO DO FEITO EM MESA. ANÁLISE. PRESENÇA DE AUTO DE APREENSÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS CONFIGURADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. I - O Tribunal tem admitido a análise das matérias suscitadas por meio da manifestação judicial apresentada pela Defesa após o feito ter sido colocado em mesa, em homenagem ao princípio da ampla defesa. II - Rejeita-se a preliminar de extinção de processo, por falta de condição de procedibilidade, tendo em vista que o licenciamento do militar, em se tratando de crime impropriamente militar, em nada altera as condições da ação. Prevalece a orientação do Pretório excelso no julgamento do Habeas Corpus nº 115.754, ocasião em que foi realçada a regra especial contida na sistemática processual penal militar de a qualidade de militar é elemento estrutural somente do tipo penal de deserção, e não para qualquer outro crime propriamente militar (art. 457, § 2º, do CPPM). **III - Rejeita-se a preliminar de nulidade do processo, por incompetência do Conselho Permanente da Justiça Militar, uma vez que o apelante não ostentava a condição de civil na época da prática da conduta delituosa**. IV - Rejeita-se a preliminar de nulidade do Laudo Pericial Definitivo, considerando que se aplica ao caso a regra contida no art. 159 do CPP, que admite que o exame pericial pode ser realizado por um perito oficial. V - No mérito, verifica-se que a autoria e a materialidade delituosas estão delineadas nos autos pela presença do Auto de Apreensão e Laudo de Perícia Criminal, bem assim o depoimento dos militares responsáveis pela apreensão da droga. VI - É pacífico o entendimento desta Corte Castrense e da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal acerca da inaplicabilidade, na espécie, do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. VII - O art. 290, *caput*, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei nº 11.343/2006. Preliminares rejeitadas. Decisão unânime. Apelo não provido. Decisão unânime. (Apelação 117-23.2015.7.05.0005, Relator Ministro José Coêlho Ferreira, DJe de 5/10/2016) (grifei).

> APELAÇÃO. DPU. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CPM. PRELIMINARES. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO PROLATOR DO VOTO VENCIDO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CPJ PARA JULGAMENTO DE EX-MILITAR. REJEIÇÃO. MÉRITO. ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO. INSIGNIFICÂNCIA PENAL. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.343/06. IMPROCEDÊNCIA. 1. A ausência de identificação do membro do Conselho de Justiça prolator do voto vencido na Sentença constitui mera irregularidade sem o condão de anular o feito, consoante o art. 499 do CPPM. Do mesmo modo, a ausência de declaração do voto vencido, nos termos do § 2º do art. 438 do CPPM, por tratar-se de faculdade. 2. Para o crime previsto no art. 290 do CPM, eventual exclusão do serviço ativo das Forças Armadas ocorrida no curso da Ação Penal não tem o condão de interferir no prosseguimento do processo já deflagrado. Precedentes do STM. **3. Não há que falar em incompetência do Conselho de Justiça para julgar civis quando, na ocasião do julgamento, o Acusado era detentor da condição de militar**. 4. A norma penal militar prevista no art. 290 do CPM tutela não apenas a saúde pública, mas visa à manutenção da hierarquia e da disciplina, institutos basilares das Forças Armadas. 5. O princípio da insignificância não é aplicável ao crime de posse e uso de entorpecentes em local sujeito à Administração Militar. Precedentes do STF e do STM. 6. A Lei nº 11.343/06 não é aplicável aos feitos da Justiça Castrense, uma vez que o regramento penal militar é específico e apresenta diretrizes e princípios peculiares próprios, calcados na disciplina e na hierarquia militares, indicando que ele deve prevalecer quando em confronto com a legislação comum. Preliminares rejeitadas. Apelo desprovido. Unanimidade. (Apelação 36-28.2015.7.03.0103, Relator Ministro Carlos Augusto de Sousa, DJe de 25/8/2016) (grifei).

Ademais, aplica-se, por analogia, ao processo penal, a regra do art. 43 do novo Código de Processo Civil[149], que estabelece o princípio da *perpetuatio*

---

[149] Cf. STF: EMENTA: I. Júri: competência territorial: princípio da *perpetuatio jurisditionis*: incidência na fase anterior ao julgamento pelo Júri. **1. Regra geral, aplica-se ao processo penal, por analogia, o princípio da *perpetuatio jurisditionis* estatuído no art. 87 do C. Pr. Civil (cf., RHC 83.181, Pleno, 6.8.03, red. p/ acórdão Joaquim Barbosa, DJ 22.10.04).** 2. Dadas as peculiaridades do processo nos crimes dolosos contra a vida, contudo, somente se justifica a aplicação do princípio da *perpetuatio jurisditionis* na fase anterior ao julgamento pelo Júri: se o objetivo é preservar o julgamento do réu pelos seus pares, o que se deve alterar, no momento próprio, ante a superveniência de nova divisão judiciária, é apenas a competência territorial do Júri. 3. Nestes termos, a competência originariamente estabelecida permanece até a fase de apresentação da contrariedade ao libelo (C. Pr. Penal, art. 421, par. único) ou, se deferidas diligências eventualmente requeridas (C. Pr. Penal, art. 423), até serem estas concluídas. 4. Portanto, o que pode se sujeitar à sanção de nulidade relativa – passível de preclusão – é a eventual realização do julgamento pelo Júri no foro originário e, ainda assim, ressalvada a hipótese de para este não ser desaforado o *judicium causae*. 5. Ausência, no caso, de irregularidade a ser sanada, dada a aplicação, por analogia, do art. 87, do C. Pr. Civil e conseqüente perda de relevo da disciplina dos Provimentos COGER 19 e 25, do TRF/1ª Região. II. Habeas corpus: inviabilidade para o exame de elementos concretos de cuja

jurisditionis. Segundo tal postulado, a competência deve ser determinada no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, exceto quando houver supressão de órgão judiciário ou alteração de competência absoluta.

Irrelevante, portanto, para fins de delimitação da competência, o superveniente licenciamento das fileiras do Exército do recorrente.

Posto isso, rejeito a preliminar de incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o militar licenciado, hoje civil.

MÉRITO

No mérito, não assiste razão a nenhum dos recorrentes.

De início, analisa-se a aventada nulidade processual, tendo em vista o suposto cerceamento de defesa pelo indeferimento da produção probatória e pela ausência de motivação da respectiva Decisão.

A Sentença rejeitou a preliminar suscitada com base em dois fundamentos distintos, a saber, a preclusão e a ausência de prejuízo à Defesa. Muito embora entenda realmente a inexistência de prejuízo, convém ressaltar que a matéria não se encontra preclusa e, até por isso, é objeto do próprio Apelo do ex-Sd Ex MAICON EDUARDO GOMES.

Na fase do art. 427 do CPPM, tanto a DPU como o MPM requereram o encaminhamento das imagens da câmera de segurança existente no Corpo da Guarda da OM. Os pedidos foram deferidos pelo Juízo de primeiro grau (fl. 278), tendo o Comandante do 19º Batalhão de Infantaria Motorizado prestado a informação de que tal câmera "não contemplava o ângulo onde ocorreu o fato em pauta. Tal câmera não foi retirada, mas tão somente trocada de lugar para que pudesse abranger o ângulo do fato ocorrido o que é possível atualmente" (fls. 289/294).

---

ponderação partiu o decreto de prisão preventiva, ao qual não se presta o procedimento sumário e documental do habeas corpus. III. Prisão preventiva: motivação: conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal: idoneidade. 1. O patrocínio de advogado para pleitear a libertação de um co-réu, ligado ao interesse de vir ele a empreender fuga, constitui, em tese, ato que pode prejudicar a instrução e, em conseqüência, legitimar a prisão preventiva (C. Pr. Penal, art. 312). 2. De outro lado, o financiamento da formação de teses colidentes – a partir das quais o co-réu patrocinador, valendo-se de seu poder econômico, buscaria a impunidade, enquanto o outro assumiria a responsabilidade pela prática de latrocínio –, é situação diversa daquela em que se formula estratégia de defesa entre co-réus, que buscam, juntos, alcançar algum benefício comum e que se compreende no direito de defesa. 3.Impertinência, ao caso, do precedente plenário do HC 86.864, Velloso, DJ 12.12.2005. IV. Habeas corpus indeferido. (HC 89849, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 16/2/2007) (grifei).

A DPU, ainda insatisfeita, insistiu na diligência de remessa das imagens captadas no corpo da guarda no dia do evento, tendo o requerimento, contudo, sido indeferido pelo magistrado (fl. 297).

Em Alegações Escritas, novamente, o Órgão de Assistência Jurídica da União aventou a questão, pleiteando a nulidade do processo desde o ato em que foi indeferida a produção da prova.

Assim sendo, não há que falar em preclusão, uma vez que a DPU não se manteve inerte, mas sim levantou a matéria em todas as oportunidades da instrução processual penal militar, nos termos do art. 504, alínea *a*, do CPPM ("As nulidades deverão ser arguidas: a) as da instrução do processo, no prazo para a apresentação das alegações escritas;").

Ademais, prevalece o entendimento da irrecorribilidade da decisão de indeferimento das perícias e exames, pois, nos termos do parágrafo único do art. 315 do CPPM, "Salvo no caso de exame de corpo de delito, o juiz poderá negar a perícia, se a reputar desnecessária ao esclarecimento da verdade".

A esse respeito, assevera Cícero Robson que, "Como regra geral, para as perícias e exames, no art. 315, parágrafo único, prevalece o entendimento de que há a possibilidade irrecorrível de indeferimento, o que demanda um cuidado maior do magistrado ao podar o requerido".[150] No mesmo sentido, julgado desta Corte Superior:

> EMENTA: Correição Parcial. Homicídio e lesão corporal. Preliminar de intempestividade. Indeferimento de prova pericial. Preliminar de intempestividade suscitada pela Juíza-Auditora. **Incabível a hipótese recursal afirmada pela magistrada – Recurso em Sentido Estrito, pois não se enquadra na situação descrita no art. 516, alínea *g*, do CPPM. Ademais, não existe previsão do cabimento de recurso em sentido estrito contra a decisão que indeferiu o pedido de diligência**. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. O indeferimento do pleito de produção de prova pericial não tem o condão de macular o princípio constitucional da ampla defesa, sendo perfeitamente legal. **Ao se configurar a hipótese prevista no art. 315, parágrafo único, do CPPM, salvo no caso de exame de corpo de delito, o juiz poderá negar a perícia, se a reputar desnecessária ao esclarecimento da verdade. A decisão judicial de indeferimento de prova pericial, que nada acrescenta aos autos, não se vislumbra a ocorrência de *error in procedendo* na decisão da Juíza-Auditora. Correição indeferida**. Decisão unânime. (Correição Parcial 90-24.2011.7.03.0203, Relator Ministro Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, DJe de 5/3/2012) (grifei).

Não obstante, a Decisão de indeferimento da prova foi acertada e não causou qualquer prejuízo à parte. Ora, o encaminhamento das imagens da

[150] NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*: em tempo de paz. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 854/855.

câmera de segurança que somente gravou áreas próximas à do local dos fatos não poderia reverter o entendimento do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, porquanto inexistiu dúvida acerca de fatos paralelos ao que aconteceu no banco da Guarda. Vale dizer, todas as questões e divergências apontadas nos autos referem-se tão só à conduta praticada no banco da Guarda, até porque o próprio acusado confessou o carregamento do fuzil e sua contenção pelos demais colegas que estavam sentados no banco.

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

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

Na *quaestio sub examine*, não se vislumbra qualquer afronta ao *due process of law*, especialmente em sua versão substancial, porquanto a produção probatória almejada era desnecessária e inútil, não podendo exercer qualquer influência sobre o Conselho de Justiça.

Confira-se a jurisprudência pátria:

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

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL MILITAR. INFRAÇÃO DO ART. 290, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. POSSE DE DROGA EM RECINTO MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADES DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.719/2008 E DO NÃO RECONHECIMENTO DO CRIME IMPOSSÍVEL: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E PREJUÍZO

> NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. (...) 2. **O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.** (...) 4. Habeas corpus denegado. (STF: HC nº 113593, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 17/4/2013) (grifei).
>
> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIMES DE FRAUDE À LICITAÇÃO, PECULATO E LAVAGEM DE DINHEIRO. *BIS IN IDEM* ACUSATÓRIO. ALEGADO OFERECIMENTO DE DUAS DENÚNCIAS INEXISTENTE, MERA PROTOCOLIZAÇÃO SIMULTÂNEA DE OUTRA PEÇA MINISTERIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NEGATIVA DE VISTA DO AUTOS NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 5. **Alegações genéricas de nulidade sem comprovação nos autos não dão ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief*.** 6. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 7. Habeas corpus não conhecido. (STJ: HC nº 194695, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 30/4/2013) (grifei).

Ademais, a Decisão do magistrado, embora sucintamente, foi devidamente motivada. Ora, o pleito defensivo já havia sido atendido, porém, diante da informação do Comandante da Unidade Castrense, o Juiz-Auditor asseverou que a diligência já havia sido efetuada e nada acrescentaria ao processo (fl. 297).

É bem verdade ser exigência constitucional deverem todas as decisões judiciais ser motivadas, sob pena de nulidade, em obediência ao mandamento insculpido no art. 93, inciso IX, da Carta de 1988. O *Decisum* primevo, conquanto tenha sido sucinto, observou o mandamento constitucional, porque asseverou ser desnecessária ao deslinde da causa a produção probatória, tendo em vista a informação prestada pela autoridade militar.

Diferentemente seria a situação se o magistrado apenas consignasse o indeferimento da diligência, sem respaldo em qualquer informação levantada pelo Quartel.

A propósito, as Cortes Superiores distinguem ausência de fundamentação de motivação sucinta, hipótese plenamente admissível, pois o magistrado não tem o dever de apreciar de maneira exauriente todos os argumentos aventados, bastando, apenas, indicar as razões de decidir. Nesse jaez, transcrevo Acórdãos que sinalizam a possibilidade de decisões com motivação mais concisa:

> A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988. (HC nº 105.349-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 23/11/2010, Segunda Turma, DJe de 17/2/2011).
>
> O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. (AI nº 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/6/2010, Plenário, DJe de 13/8/2010, com repercussão geral).

No mesmo sentido: AI nº 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 9/11/2010, Primeira Turma, DJe de 26/11/2010; AI nº 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 18/8/2009, Segunda Turma, DJe de 11/9/2009; AI nº 697.623-AgR-ED-AgR, Relª Min. Cármen Lúcia, julgado em 9/6/2009, Primeira Turma, DJe de 1º/7/2009; e AI nº 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/8/2003, Primeira Turma, DJ de 5/9/2003.

Portanto, a despeito de não atender ao pleito da Defesa, o caso vertente aponta para a mera exiguidade das razões de decidir, existindo a efetiva indicação dos motivos, que não podem simplesmente ser verificados individualmente sem a informação prestada pela OM, razão pela qual rejeito a nulidade processual suscitada pela Defesa.

No mérito propriamente dito, a conduta do ex-Sd Ex MAICON EDUARDO GOMES, como enquadrada na Sentença, é típica, antijurídica e culpável. A autoria e a materialidade delitivas restaram comprovadas nos autos, mormente em face do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 4/8); da Escala de Serviço (fls. 14/15); dos depoimentos testemunhais e da confissão do acusado.

Nesta (fls. 88/90), o agente confessou ter inserido o carregador municiado no armamento e ter realizado menção de levantar-se. No entanto, alegou que "não tinha a intenção de apontar ou atirar contra o cabo; que pretendia apenas 'dar um susto' no ofendido, mas que jamais cogitou atirar", sendo que "não se opôs quando a arma foi retirada de suas mãos". Dessa forma, o réu admitiu ter se indignado com as provocações do ofendido, mas ressaltou não que tinha a intenção de alvejá-lo, mas somente de assustá-lo.

Realmente, a despeito de não justificar a conduta típica, os autos dão conta de que a vítima efetivamente proferiu ofensas contra o acusado. Obviamente, na condição de Cabo da Guarda, o ofendido poderia repreender veementemente o sujeito ativo por fato atrelado ao serviço, mas não poderia, todavia, causar-lhe humilhação com palavras vexatórias e desnecessárias para a ocasião.

A esse respeito, trago à balha os seguintes dispositivos do Estatuto dos Militares, que consubstanciam a obrigação legal de tratamento com respeito entre os militares, inclusive do superior para com o inferior:

> Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, **conduta moral e profissional irrepreensíveis**, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:
>
> III - **respeitar a dignidade da pessoa humana;**
>
> VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;
>
> XIV - **observar as normas da boa educação**;
>
> XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar;
>
> Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:
>
> V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e
>
> VI - **a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade**. (grifei).

Na espécie, o próprio ofendido, Cb Ex Roberto da Silva Lima, admitiu que "quando disse ao acusado que ele teria 'moral de cueca' excedeu-se um pouco" (fls. 91/92). As testemunhas de acusação e de defesa que estavam sentadas no banco da Guarda, com exceção do Sd Ex Klismann Rondão Aguiar de Araújo, também relataram as agressões verbais nos seguintes termos:

Sd Ex David Santa Catarina (fls. 95/96):

> (...) que o ofendido disse que seria dessa forma, e questionou o acusado sobre a sua moral, afirmando que ele não estava dando bom exemplo aos recrutas; que o ofendido disse que o acusado era "um lixo" e que tinha "moral de cueca";

Sd Ex Adriano Mariano (fls. 97/98):

> (...) que estava de serviço e viu que o ofendido humilhou o acusado, falando que ele não tinha moral;

Mateus dos Santos Pinheiro (fls. 263/265):

> (...) que a vítima chegou e começou a destratar o acusado; que a vítima disse ao acusado que este era "um porcaria, não tinha moral, que era um lixo e não tinha capacidade de comandar ninguém"; (...) que o Soldado Klismann, que depôs às folhas 93, não se encontrava no local pois estava no quarto de hora;

Silvio da Conceição de Oliveira (fls. 266/268):

> (...) que se encontrava no banco com o acusado quando a vítima passou a reclamar dos serviços dos militares ali presentes; (...) que a vítima se dirigiu ao acusado chamando de "lixo, porcaria", dizendo que ele não tinha moral, que não tinha padrão para comandar os recrutas 2015; (...) que a vítima é mal-educada e grosseira com os seus subordinados.

Patrick Israel Rabelo Dutra (fls. 269/270):

> (...) que a vítima começou a ofender quem estava ali sentado reclamando do serviço, e começou se dirigir diretamente ao acusado; que a vítima disse ao acusado que ele não teria padrão para cobrar os Soldados 2014 entre outras ofensas;

O Sd Ex Klismann Rondão Aguiar de Araújo foi o único a negar as ofensas, mas sua presença no banco da Guarda foi colocada em dúvida por testemunha de defesa. De fato, é relevante destacar que a Escala de Serviço de fl. 14 não arrolou essa testemunha para o mesmo serviço praticado pelo acusado, razão pela qual seu depoimento deve ser lido com ressalva.

Vê-se, ainda, que apenas os Sd Ex Klismann Rondão Aguiar de Araújo e o Sd Ex David Santa Catarina asseveraram ter o acusado destravado o armamento. Tal afirmação, outrossim, não pode ser tomada como verdadeira, uma vez que as demais testemunhas asseguram o contrário, fazendo surgir fundada dúvida a respeito:

Sd Ex Klismann Rondão Aguiar de Araújo (fls. 93/94):

> (...) o acusado colocou o carregador municiado na arma, deu o golpe de segurança, e quando ia apontá-la ao ofendido, o depoente e outros colegas o seguraram; (...) que o acusado deu o golpe de segurança na arma de forma voluntária; que o acusado, efetivamente, destravou a arma; que foi o depoente quem voltou a travá-la.

Sd Ex David Santa Catarina (fls. 95/96):

> (...) o acusado estava calmo, sentado, colocou o carregador municiado na arma, deu o golpe de segurança, destravando-a; que o depoente colocou a mão no cano do fuzil, abaixando-o; (...) que viu quando o acusado destravou a arma e deu o golpe de segurança; que, quando o acusado levantou e carregou a arma, o cabo procurou abrigo.

Sd Ex Adriano Mariano (fls. 97/98):

> (...) que ao levantar-se colocou o carregador municiado na arma; que o depoente puxou o fuzil, assim como outros militares presentes; que não sabe se o acusado deu o golpe de segurança na arma, que não viu.

Sgt Ex Gilliard Freitas Sobrosa (fls. 102/103):

> (...) que ouviu o barulho da arma sendo carregada; que imediatamente se voltou, e viu o réu sendo contido por outros militares; que retirou o fuzil da mão do acusado, ejetando a munição da câmara; (...) que quando pegou a arma ela estava travada.

Mateus dos Santos Pinheiro (fls. 263/265):

> (...) que o acusado colocou o carregador na arma, levantou-se do banco com o cano da arma apontado para o alto; que, quando o Sargento Schallenberger puxou a arma do acusado, enganchou na arma e engatilhou; que em momento algum o acusado apontou a arma em direção à vítima; que, quando segurou o acusado, a arma não estava pronta para disparo.

Silvio da Conceição de Oliveira (fls. 266/268):

> (...) que o acusado levantou-se com o cano da arma apontado para o chão e colocou o carregador; que o depoente e outros Soldados seguraram o acusado; (...) que o Sargento Schallenberger puxou o fuzil e que nesse momento a arma acabou sendo alimentada; que a arma permaneceu travada; (...) que em nenhum momento o acusado apontou a arma para alguém; (...) que, quando o Sargento puxou a arma do acusado, o depoente ouviu um barulho no ferrolho que identificou como de carregamento e por isso colocou a mão no carregador.

Patrick Israel Rabelo Dutra (fls. 269/270):

> (...) que o acusado colocou o carregar na arma mas não a municiou e nem destravou; que o acusado não apontou a arma em direção da vítima; (...) que o cartucho foi parar na câmera da arma quando o Sargento Schallenberger retirou a arma da mão do acusado acidentalmente acabou carregando o fuzil; que apenas viu o acusado segurando o fuzil com o cano voltado para cima.

Incontroversos, contudo, são os fatos de o acusado ter substituído o carregador vazio pelo municiado e de ter realizado menção de levantar-se para apontar o armamento, embora tenha sido contido por seus colegas antes disso, desimportando tenha o carregamento da arma sido voluntário ou involuntário.

A propósito, tenho para mim que o golpe de segurança foi efetuado voluntariamente pelo agente, mas não se pode comprometer a adequação típica realizada pela primeira instância, uma vez que isso é perfeitamente compatível com o desejo de intimidação.

De relevante notar, ainda, que, conquanto o acusado não tenha apontado o fuzil para o Cabo da Guarda, porque contido antes disso, ele não opôs resistência à interferência dos terceiros, o que demonstra que seu desejo não era realmente o de acionar o gatilho.

Nesse sentido, o Sd Ex Klismann Rondão Aguiar de Araújo (fls. 93/94) afirmou que "o acusado não opôs resistência quando o graduado retirou a arma de suas mãos". O Sd Ex David Santa Catarina (fls. 95/96) asseverou que "o acusado não reagiu quando o depoente abaixou a arma; que colocaram o acusado sentado, mas que ele não opôs nenhum tipo de resistência; (...) o acusado entregou a arma". Por sua vez, o Sd Ex Adriano Mariano (fls. 97/98) relatou

"que o acusado não ofereceu resistência, e estava bastante nervoso". Prosseguindo, o Sgt Ex Gilliard Freitas Sobrosa (fls. 102/103) acrescentou "que o acusado não ofereceu resistência para entregar a arma". Silvio da Conceição de Oliveira (fls. 266/268) declarou "que o acusado não resistiu quando foi seguro pelo depoente e pelos demais"*;* e Patrick Israel Rabelo Dutra (fls. 269/270) revelou "que o Sargento Schallenberger e Sobrosa tiraram a arma das mãos do acusado que não teve reação".

Dessa forma, diante da atitude do réu narrada pelas testemunhas, denota-se que o elemento subjetivo nunca foi o de matar, e sim o de ameaçar o superior hierárquico em virtude da humilhação sofrida.

Registre-se que o dolo da tentativa é exatamente o mesmo dolo encontrado na consumação. Isso porque, na dicção do Código Penal Militar, o delito tão somente não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Vale dizer, o agente sempre almejou a consumação delitiva, mas apenas por circunstâncias alheias à sua vontade não consegue o fim desejado.

A propósito, adoto, como razão de decidir, o seguinte trecho da Sentença que bem dirime o ponto:

> A conduta do réu, conforme narrada pelas testemunhas, denota que sua intenção não era de efetivamente disparar contra o Cabo, seja para matá-lo, seja para lesioná-lo. Isso porque, estando o fuzil carregado e destravado, como alegaram algumas testemunhas, o acusado poderia ter efetuado diversos disparos durante a tentativa de contenção pelos colegas, o que não ocorreu.
>
> Veja-se, ainda, que o exame de corpo de delito, realizado no réu logo após o fato, não apontou nenhuma marca de violência sofrida (fl. 23), o que confirma que não houve nenhuma resistência por parte do acusado quando os colegas baixaram o cano de sua arma e o colocaram sentado no banco da Guarda.
>
> Essa conduta do agente não corresponde à conduta de quem efetivamente desejava disparar o fuzil, mas sim à conduta de quem, sentindo-se inferiorizado e humilhado, queria inverter a situação, ameaçando seu superior com o gesto de alimentar e, quiçá, carregar o fuzil, subjugando-o.
>
> Destarte, do ponto de vista subjetivo, ou seja, da intenção do agente, aparentemente não houve o dolo de matar, o que impossibilitaria a configuração do crime de homicídio, mesmo em sua forma tentada, devendo prevalecer o princípio *in dubio pro reo*.
>
> (...)
>
> Diferente seria a conclusão se a intenção do acusado estivesse evidenciada estreme de dúvida, como, por exemplo, se tivesse falado que iria matar o ofendido, ou se tivesse resistido duramente à contenção dos colegas.

Nesse diapasão, os fatos relatados realmente dão conta de que o sujeito ativo consumou o crime de ameaça, e não praticou o delito de homicídio na forma tentada.

Pois bem, cumpre ressaltar que, hodiernamente, o entendimento prevalente é o de que a ameaça, mesmo se proferida no calor de discussão, desde que presente a vontade de intimidar a vítima e sendo-lhe passível incutir temor, há de ser considerada típica.

Não sendo hipótese de descontrole emocional, na qual podem ser lançados palavras ou gestos ameaçadores em vão, não há que falar em ausência delitiva.

O bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora consiste na liberdade da pessoa humana, postulado consagrado constitucionalmente, mormente no tocante ao sentimento de segurança, à paz de espírito, à tranquilidade e ao sossego.

Trata-se de crime de forma livre, que, além da palavra oral, pode ser praticado por escritos ou gestos, como o manuseio de armamento, em que há o carregamento e a menção de apontar o instrumento letal em direção à vítima.

O núcleo do tipo é "ameaçar", mediante a promessa de causar um mal injusto e grave a alguém. Exige-se, contudo, que tal mal seja fundado, iminente e verossímil, passível, portanto, de realização concreta no mundo dos fatos, porquanto o amedrontamento deve ser efetivamente idôneo à intimidação do sujeito passivo.

In casu, o ofendido sentiu-se efetivamente ameaçado pela conduta do acusado, tanto que "tentou se proteger e que, portanto, não viu se o acusado chegou a apontar a arma".

A prova testemunhal, outrossim, confirmou a intimidação sofrida pelo sujeito passivo, na medida em que foi relatado que ele imediatamente procurou um abrigo.

Assim sendo, o elemento subjetivo consistiu na vontade livre e consciente de intimidar o sujeito passivo, com a arma de grosso calibre. Torna-se irrelevante, ademais, o intento íntimo do agente, ou seja, se ele realmente queria e podia praticar o mal prometido. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. AMEAÇA. INJÚRIA. ATIPICIDADE. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. O crime de ameaça se caracteriza pelo fato de alguém prometer a outrem de causar-lhe mal injusto e grave. É irrelevante a intenção do agente em realizar ou não o mal prometido. Basta que incuta fundado temor à vítima. O crime de injúria caracteriza-se pela ofensa à honra subjetiva do sujeito. Ao sentimento próprio que tem a respeito de seus atributos físicos, morais

> e intelectuais. Tipicidade é a adequação de um fato à descrição que dele faz a lei penal. Se o fato é típico, em tese, há justa causa para a ação penal. Habeas corpus conhecido e indeferido. (HC 80626, Relator Ministro NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 13/2/2001, DJ de 27/4/2001).

Portanto, sobejamente evidenciada a prática do delito de ameaça, corretamente desclassificado na Sentença, deve ser mantido o decreto condenatório, não havendo como acolher o pleito absolutório almejado pela Defesa.

No tocante ao pleito de diminuição da pena-base aplicada, tendo em vista a consagração doutrinária do termo médio como o melhor critério, também não assiste razão à Defesa.

Se, por um lado, há quem defenda que a fixação da pena-base deve ser limitada pelo termo médio encontrado, o qual apenas seria alcançado quando todas as circunstâncias judiciais fossem negativas; por outro, há corrente doutrinária no sentido de que, encontrado o ponto médio, a pena-base deveria ser fixada a partir desse patamar, de forma que, concorrendo circunstâncias desfavoráveis ao condenado, a sanção deveria direcionar-se ao máximo previsto em abstrato para o tipo e, ao revés, concorrendo circunstâncias favoráveis, a pena deveria direcionar-se ao mínimo previsto abstratamente para o tipo.

O que se quer esclarecer é que não existe um critério para a dosimetria da pena-base insuscetível de críticas e apto a solucionar todos os casos concretos levados ao cabo do Poder Judiciário. Aliás, o critério buscado pela Defesa não é o preferido da doutrina nem da Jurisprudência dos Tribunais Superiores do país.

Atualmente, as tendências jurisprudencial e doutrinária são pela adoção do critério que estabelece uma quantidade ideal – proporcional e razoável – de valoração para cada circunstância judicial desfavorável analisada pelo magistrado, consistente em 1/8 (um oitavo). Isso porque o Código Penal comum e o Código Penal Militar preveem a existência de 8 circunstâncias judiciais, com igual preponderância entre elas. E o ponto de partida, em regra, não será o termo médio, e sim o mínimo previsto em abstrato para o tipo.

Nesse quadro, a aplicabilidade da pena-base pelo juiz insere-se em uma atividade de certa discricionariedade judicial, uma vez que a legislação nacional não estabeleceu fórmulas matemáticas para a fixação da sanção, em atenção, inclusive, ao princípio constitucional da individualização da pena.

A respeito, leia-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REITERAÇÃO DE IMPETRAÇÃO ANTERIOR. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI

> 11.343/2006. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, *a*, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que "não se conhece de habeas corpus em que se reitera a pretensão veiculada em *writ* anteriormente impetrado" (HC 112.645/TO, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª Turma, DJe 8.6.2012). 3. **A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena**. Pertinente à dosimetria da pena, encontra-se a aplicação da causa de diminuição da pena objeto do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. 4. Na hipótese, adequada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal dada "a expressiva quantidade de droga apreendida – 57 kg de maconha". 5. A tese defensiva de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, afastada pelas instâncias anteriores dada a constatação de o paciente integrar organização criminosa e/ou dedicar-se a atividades delitivas, demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. 6. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 132475 AgR, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 23/8/2016) (grifei).
>
> Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Penal Eleitoral. 3. Corrupção eleitoral e formação de quadrilha. 4. Suposta violação aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Ofensa aos dispositivos apontados, caso existente, ocorreria de forma reflexa. Precedentes. 5. Autoria e materialidade. Necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório. Incidência da Súmula 279. 6. **Dosimetria da pena. Ausência de ilegalidade. A jurisprudência desta Suprema Corte entende que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Aos tribunais superiores, no exame da dosimetria das penas, em grau recursal, compete somente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais decisões teratológicas e arbitrárias, que violem frontalmente dispositivo constitucional, o que não vislumbro no caso em deslinde**. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 938357 AgR, Relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/6/2016) (grifei).

Por igual, não há o que reparar no que concerne à aplicabilidade das agravantes do art. 70, inciso II, alíneas *l* e *m*, do CPM.

Obviamente, os militares podem ter acesso a arma, material ou instrumento de serviço sem a necessidade de estar em serviço. Não existe confusão entre as agravantes, que, por opção legislativa, estão inseridas em alíneas diferentes justamente para possibilitar a aplicação conjunta.

A propósito, Jorge Cesar de Assis[151], ao tratar da mencionada alínea *m*, assevera que "**Em serviço, ou não**, se para a prática do crime procurou as armas que lhe foram confiadas para o fim de manter a ordem e a paz, cometeu dupla falta – a infração da lei penal e o abuso da confiança nele depositada" (grifei).

Não há que falar, portanto, em *bis in idem* na incidência de ambas as agravantes.

Ex positis, voto pelo conhecimento e desprovimento dos Apelos do Ministério Público Militar e do ex-Sd MAICON EDUARDO GOMES, para manter a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Não obstante, por ser matéria de ordem pública, a prescrição da pretensão punitiva retroativa deve ser reconhecida a qualquer tempo e de ofício.

O recorrente, nascido em 20/8/1994, contava 20 anos de idade na data consumativa do delito (28/1/2015). A Denúncia foi recebida em 6/2/2015.

O ex-Sd MAICON EDUARDO GOMES foi condenado à pena de 1 mês e 10 dias de detenção pela prática do crime de ameaça, tendo sido a Sentença publicada em 7/3/2016.

Dessa forma, imposta ao condenado pena de detenção inferior a 1 ano, aplica-se, na espécie, o prazo prescricional do inciso VII e § 1º do art. 125 do CPM, qual seja, 2 (dois) anos, reduzido, entretanto, pela metade, conforme dispõe o art. 129 do mesmo *Code*x.

Daí, tendo em vista que entre o recebimento da Denúncia (6/2/2015) e a Sentença condenatória (7/3/2016) decorreu mais de 1 ano, há de ser reconhecida a prescrição retroativa, nos termos do art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII e § 1º, e 129, ambos do CPM.

Posto isso, declaro, de ofício, a extinção da punibilidade do ex-Sd MAICON EDUARDO GOMES, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena *in concreto*, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII e § 1º, e 129, ambos do CPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, por unanimidade, em rejeitar as preliminares, suscitadas pela Defensoria Pública da União, de ausência de condição de prosseguibilidade; de declaração da competência do Juízo comum; e de incompetência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o militar licenciado, hoje civil. No mérito, por unanimidade, em negar provimento aos apelos do Ministério Público Militar e do ex-Sd Ex Maicon Eduardo Gomes, para manter a Sentença condenatória, por

[151] ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 308.

seus próprios e jurídicos fundamentos, e, por unanimidade, em declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do ex-Sd Ex Maicon Eduardo Gomes, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva retroativa pela pena *in concreto*, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII e § 1º, e 129, ambos do CPM.

Brasília, 21 de fevereiro de 2017 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

APELAÇÃO Nº 27-56.2014.7.08.0008-PA

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Revisor e Relator p/ o acórdão: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Apelante: O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Raimundo Nonato Ferreira Ribeiro, 1º SG Mar (art. 267, *caput* e § 2º, do CPM), de Abel Junior Lobato Rodrigues, 2º SG Mar (art. 267, *caput* e § 2º, por duas vezes, c/c o art. 80, ambos do CPM, c/c o art. 71 do CP) e de Roger de Abreu Elias, 2º SG Mar (art. 267, *caput*, do CPM).

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, de 29/3/2016.

Advogado: Dr. João Veloso de Carvalho.

EMENTA

USURA PECUNIÁRIA. ART. 267 DO CPM. RECURSO DO *PARQUET* DAS ARMAS. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO *A QUO*. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. UNANIMIDADE. MÉRITO. COMPROVADOS A AUTORIA, A MATERIALIDADE E O DOLO EXIGIDO PELO TIPO PENAL. AUSÊNCIA DE CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE OU DE CULPABILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO. MAIORIA. PRESCRIÇÃO DECLARADA PELA PENA *IN CONCRETO*. UNANIMIDADE.

A pena máxima prevista para a Usura pecuniária é de 2 (dois) anos. Seu prazo prescricional é, pois, de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 125, inciso VI, do CPM. Não decorrido esse lapso temporal entre os marcos interruptivos prescricionais, não se pode falar em prescrição da pretensão punitiva estatal pela pena *in abstrato*. Preliminar decidida à unanimidade.

Comprovadas a autoria, a materialidade e dolo específico exigido pelo tipo penal do art. 267 do CPM consistente no abuso (consecução de lucro excessivo) por parte dos réus em detrimento dos ofendidos, todos em premente necessidade, ao fixarem juros exorbitantes quando dos empréstimos efetuados. Parcialmente provido o apelo ministerial. Decisão por maioria.

Declarada a extinção da punibilidade dos Réus pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em face da pena *in concreto*, verificada entre o recebimento da denúncia e o julgamento no recurso pelo STM, conforme o art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII, §§ 1º e 5º, ambos do CPM. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defesa, de extinção da punibilidade, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa com termo inicial anterior à data do recebimento da Denúncia. **No mérito**, **por maioria**, deu provimento parcial ao Apelo interposto pelo Ministério Público Militar, para reformar a Sentença e condenar o 1º SG Mar Raimundo Nonato Ferreira Ribeiro e o 2º SG Mar Roger de Abreu Elias à pena de 6 (seis) meses de detenção; e condenar o 2º SG Mar Abel Junior Lobato Rodrigues à pena de 9 (nove) meses de detenção, todos como incursos no art. 267, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nas condições estabelecidas no Acórdão, fixando o regime prisional inicialmente aberto. E, por fim, **por unanimidade**, o Tribunal, de ofício, declarou a extinção da punibilidade, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII, §§ 1º e 5º e 129, todos do CPM. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Relator), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, José Barroso Filho e Francisco Joseli Parente Camelo negavam provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar e mantinham a Sentença *a quo*, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Relator para Acórdão Ministro Alvaro Luiz Pinto (Revisor). O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Relator) fará voto vencido.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Hermínia Célia Raymundo. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Ausente, justificadamente, o Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 38ª Sessão, 13/6/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo *Parquet* Militar contra a Sentença que absolveu RAIMUNDO **NONATO** FERREIRA RIBEIRO, 1º SG Mar; **ABEL** JUNIOR LOBATO RODRIGUES, 2º SG Mar; e **ROGER** DE ABREU ELIAS, 2º SG Mar, do crime disposto no art. 267 do CPM (Usura pecuniária). O primeiro, incurso por uma vez, com a agravante da superioridade hierárquica ou em razão da função que exercia. O segundo, incurso por duas vezes, com a mesma agravante, além da de crime continuado. O terceiro, incurso por uma vez, conforme o *caput* do referido dispositivo legal.

Narra a Exordial acusatória de fls. 02/07:

> (...)
>
> Consta dos autos que no mês de março de 2011 o Sargento da Marinha do Brasil **ABEL** JUNIOR LOBATO RODRIGUES associou-se aos também Sargentos RAIMUNDO **NONATO** FERREIRA RIBEIRO, RAIMUNDO GOMES **ESQUERDO** e **ROGER** DE ABREU ELIAS, todos do Grupamento de Patrulha Naval do Norte (GNN), e, juntos, criaram um fundo particular de investimentos para a prática de agiotagem, denominado informalmente de "caixinha".
>
> O propósito desses militares era a realização de empréstimos de dinheiro a outros militares e servidores civis de Unidades Militares subordinadas ao Comando do 4º Distrito Naval para obtenção de lucros a partir da cobrança de juros dos mutuários (vol. 1, fls. 60-62, 78-80, 97-99, 179-181, 183-185, 187-189; vol. 2, 404/405, 406/407, 408/409; e vol. 3, fls. 589-591).
>
> O Segundo-Sargento ABEL era administrador e financiador da "caixinha", sendo o responsável por tratar diretamente com os mutuários, estipulando juros, realizando a entrega e o recebimento de dinheiro etc.; o Primeiro-Sargento NONATO e os Segundo-Sargentos ESQUERDO e ROGER ingressaram na empreitada, em princípio, como financiadores (fl. 183).
>
> O sistema clandestino de empréstimos foi descoberto em 19/03/2013, quando encontrada no rancho da Base Naval de Val-de-Cães uma bolsa tipo porta-óculos contendo uma planilha de controle financeiro, um comprovante de depósito bancário e um cheque (fls. 12-16).
>
> Os elementos de prova até agora obtidos no curso do inquérito (depoimentos e documentos) permite concluir que, apesar do alcance e do volume de recursos movimentados pelo grupo (*vide* análise de dados bancários, fls. 904-940), em quatro ocasiões os empréstimos realizados pelos denunciados se deram de forma delituosa, porque praticados <u>com abuso de premente necessidade do mutuário e com juros fixados em montante muito superior àquele fixado pelo governo federal</u>.
>
> (...) (grifo do original).

A Denúncia foi recebida em 18 de maio de 2015 (fls. 10/13).

Devidamente citado (fl. 40), qualificado e interrogado, o 2º SG Mar ABEL declarou, em síntese (fls. 47/49):

> (...) que conhece as provas contra si produzidas na fase do inquérito; que conhece os ofendidos e as testemunhas arroladas na denúncia; que a denúncia é verdadeira em parte; que integravam a caixinha o interrogando, Sg Nonato, Sg Roger e o Sg Esquerdo; que o objetivo da caixinha era arrecadar fundos durante o ano e ao final deste dividir o lucro; que, além disso, a caixinha servia para atender necessidades financeiras de seus participantes, pois serviam em unidades destacadas e, vez ou outra,

não recebiam as diárias antes de embarcarem; que era o interrogando o responsável por administrar a caixinha; que emprestaram dinheiro da caixinha para militares e civis; que o funcionamento da caixinha se dava o questionamento daquele que necessitava tomar empréstimo; (...); que o montante foi depositado na conta-corrente do FN Deyvllen; que cobrou pela remuneração do capital emprestado apenas os juros bancários, que não se recorda o percentual; que ressalta que o Sd não chegou a pagar os R$ 1.000,00 que tomou de empréstimo; (...); que, em relação ao fato 2, a civil Gimol, confidenciando ao interrogando que passava por dificuldade financeira, solicitou o empréstimo no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais); que cobrou pela remuneração de capital apenas os juros bancários, que não sabe dizer o percentual; que a civil apenas fez o pagamento de R$ 300,00; que sobre o terceiro fato sabe dizer que o CB Renato conversou com o Sg Nonato sobre dificuldades financeiras e perguntou-lhe se conhecia alguém que pudesse emprestar-lhe dinheiro; que o Sg Nonato encaminhou o Cb Renato para falar com o interrogando; que emprestou ao Cb o montante de R$ 750,00; que cobrou pela remuneração do capital juros bancários, que não sabe o percentual; que o ofendido por ocasião do pagamento disse ao interrogando que estava com problemas com a filha e pagou apenas o valor tomando emprestado, R$ 750,00; que sobre o fato nº 4, apenas anotou o valor na planilha o empréstimo fornecido ao Sub Of Cleuson; que foi o Sg Roger quem negociou o empréstimo com o Sub Of; que a caixinha atendia a diversos militares que possuíam problemas financeiros; (...); que a caixinha não tinha o propósito de atender a necessidade pessoal do interrogando, mas para atender aos militares que saíam em missão; que o montante eventualmente existente da caixinha ficava com o interrogando, em sua casa; que era o interrogando que fazia o controle de entradas e saídas de capitais; que não havia periodicidade para o pagamento dos empréstimos; que os tomadores de empréstimos é que estipulavam como poderiam efetuar o pagamento; que não possui uma metodologia para fixar o pagamento de juros; que isso era acordado também com o tomador de empréstimo; (...); que o documento de fls. 15/16 dos autos do IPM ora lhe apresentado eram documentos de controle da caixinha, elaborados pelo interrogando; que o pagamento das parcelas ou de todo o montante do empréstimo eram feitos segundo as condições financeiras daqueles que tomavam o empréstimo; que o pagamento antecipado não importava cobrança de juros; que estipulavam os valores de percentuais para cobrança de juros de forma aleatória; que os juros estipulados para o pagamento de empréstimos eram para prevenir a ocorrência de prejuízos para os integrantes da caixinha até porque a inadimplência era grande; que não sabe dizer que montante a caixinha movimentou em cada um dos anos de sua existência; que movimentou recursos da caixinha através de depósito em conta-corrente; que esta movimentação ocorreu entre o interrogando e alguns tomadores de empréstimos; que não movimentou recursos por intermédio de movimentação bancária entre os integrantes da caixinha; que a maior parte do recurso da caixinha era movimentado em espécie. (...).

Também citado (fl. 41), o 1º SG Mar NONATO disse que (fls. 50/53):

> (...) conhece as provas contra si produzidas na fase do IPM; que conhece apenas os dois primeiros ofendidos; que conhece apenas a primeira testemunha; que a caixinha foi criada com o propósito de compor um fundo financeiro para atender as necessidades das famílias dos militares que integravam o GNN; que embarcavam em cima da hora e, vez ou outra, não era possível deixar dinheiro para os seus familiares; que a caixinha foi criada para dar esta assistência; que era apenas integrante da caixinha; que aplicou na caixinha R$ 500,00, em uma única vez; que participou apenas no ano de 2011, pois seria movimentado para a cidade do Rio de Janeiro no ano de 2012; que não se recorda se ao final de 2011 foi feita a divisão dos lucros; que não sabe quem era o gestor da caixinha, mas entregou o dinheiro para o Sg Abel; que, no ano de 2012, conversando com o Cb Renato, ouviu este perguntar se o interrogando poderia lhe emprestar dinheiro; que disse ao Cb que em algum tempo atrás havia uma caixinha para safar o grupo de mergulho; que pediu ao Cb Renato que fosse se informar ao Sg Abel; que aquela época não sabia se a caixinha ainda existia; que a época não soube se o Cb Renato tomou empréstimo ou não com a caixinha; que não sabe dizer se resgatou o montante depositado na caixinha com lucro, pois pediu para o Sg Abel entregar para a sua esposa; que sabe informar ainda que havia problemas de inadimplência e, por isso, a caixinha terminou; que recebeu a informação do Sg Abel que parte do montante da caixinha foi investido na compra de uma cesta básica para ser entregue ao vizinho do Sg Abel que estava passando por necessidade; que a maioria dos integrantes da caixinha autorizou a doação da cesta básica; que não o fez porque estava viajando. (...).

Citado à fl. 42, o 2º SG Mar ROGER assim se manifestou (fls. 52/54), *in verbis*:

> (...) que conhece as provas contra si produzidas na fase do inquérito; que conhece os Ofendidos e as testemunhas arroladas na denúncia; que a denúncia não é verdadeira; que assim que chegou a Belém conversou com o Sg ABEL que já servia em Belém; e este militar informou-lhe que era costume sair para as missões sem o pagamento prévio de diária; que o interrogando, concordando com a ideia do Sg Abel, decidiram criar uma espécie de caixinha, que tinha por objetivo constituir um fundo para cobrir eventual necessidade financeira dos participantes da caixinha; que esta era a ideia inicial; que, no curso da existência da caixinha, verificou-se a possibilidade de se atender a necessidade financeira de outras pessoas que não participavam da mesma; que não tomaram a iniciativa de anunciar empréstimos; que as pessoas chegavam até os participantes da caixinha por intermédio de amigos; que atendiam as solicitações de empréstimos levando-se em consideração a confiança que depositavam nos tomadores de empréstimos, ressaltando que emprestavam apenas pequenas quantias; que não estipulavam percentual para remunerar o capital (juros); que a remuneração do capital ficava ao livre arbítrio do tomador do empréstimo; que a ideia era no final do ano apurar o quanto a caixinha

havia arrecadado e este valor ser partilhado entre seus membros; que não sabe dizer quantos membros existiam na caixinha; que o Sg Abel participava da caixinha; que o Sg Nonato participou da caixinha no ano de 2011, mas depois deixou de integrá-la; que conversou, no ano de 2012, no rancho da Base Naval de Val-de-Cães, com o Sub Of Cleuson Costa Pereira sobre "necessidades financeiras"; que na verdade o Sub Of lhe perguntou se não sabia quem poderia lhe emprestar dinheiro; que disse ao Sub Of que havia uma caixinha, onde poderia conseguir o dinheiro; que não disse ao Sub Of que ele teria que pagar o valor emprestado no mês seguinte, com acréscimo de (vinte) 20 por cento de juros; que não se recorda quem forneceu o dinheiro ao Sub Of; que o Sub Of não realizou até a presente data o pagamento do empréstimo; que o referido Sub Of realizou mais de um empréstimo na caixinha que pode ter sido intermediado pelo acusado; que os outros três Ofendidos relacionados nos fatos 01, 02 e 03, também fizeram empréstimos junto à caixinha e apenas o CB Renato de Sousa Gomes efetuou o pagamento total; que os outros três Ofendidos realizaram pagamentos parciais; que não tinha conhecimento que emprestar dinheiro a juros exorbitantes era crime militar; que acredita que a prática da caixinha não era de conhecimento do Comandante da Unidade; que a caixinha não chegou a se constituir fisicamente, pois todo o dinheiro era dado em empréstimos a militares e civis; que o Sg Abel era o gestor da caixinha; que os ofendidos, ao término da caixinha, participavam dos lucros auferidos por esta; que orientavam aos tomadores de empréstimos a pesquisarem os juros que estavam sendo praticados no mercado financeiro; que nenhum dos ofendidos reclamou com o interrogatório sobre o pagamento de juros; que o Cb Renato por ocasião do pagamento do empréstimo que havia feito estava passando por dificuldade, assm, foi autorizado a fazer um pagamento com valor inferior ao que havia sido emprestado; que o Sub Of Cleuson sequer pagou a caixinha o valor que tomou de empréstimo; que do lucro da caixinha possibilitou a compra de cestas básicas para ajudar a umas pessoas necessitadas que residiam próximo à casa do Sg Abel. (...).

A Ofendida GIMOL FREITAS BASTOS, Servidora Civil, ouvida às fls. 59/60, declarou:

(...) que conhece os acusados da OM onde trabalhou; que no início de 2013 comentou com o SG ABEL passar por dificuldades financeiras; que o referido graduado, então, disse à depoente que tinha um dinheiro de uma caixinha e que poderia emprestar; que aceitou o empréstimo no montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais); que o SG ABEL não cobrou juros de empréstimo, mas a depoente quis pagar 10% (dez por cento) sobre o valor emprestado a titulo de juros; que àquela época os juros bancários estavam muito altos e depoente, além disso, não tinha margem consignada para realizar operações de empréstimo; que não havia estipulação de valor a ser pago mensalmente; que a depoente era quem estipulava o valor que iria dar para amortizar a dívida; que pagava R$ 200, 00 ou R$ 300,00 mensalmente; que não chegou a quitar o empréstimo porque foi transferida para outro local e não falou mais com o SG ABEL sobre a

> dívida; que ele também não lhe procurou para cobrar o pagamento. (...) que não há testemunhas da tratativa de empréstimo da depoente com o SG ABEL; que os R$ 2.000,00 lhe foram entregues em espécie pelo SG ABEL; que não se recorda quanto pagou pelo empréstimo; que não pretende quitar o empréstimo; que não se recorda porque disse, na fase de inquérito, que tinha sido o SG ABEL que tinha avençado os juros no percentual de 10%; que a versão verdadeira é a apresentada nesta data; que não participou da divisão de lucros da "caixinha". (...) a depoente pagava mensalmente de R$ 200,00 a R$ 300,00, de modo que a dívida seria quitada no final do ano; que não se sente ofendida ou prejudicada por ter emprestado dinheiro da "caixinha". (...).

O Ofendido SO Of Mar CLEUSON COSTA PEREIRA, ouvido às fls. 61/62, afirmou:

> (...) que, dos acusados, conhece o SG ROGER; que, no ano de 2012, no rancho da Base Naval de Val-de-Cães, conversou como o SG ROGER sobre sua vida pessoal, até chegar ao assunto de necessidade financeira; que indagou ao SG ROGER, então, se conhecia alguém que pudesse lhe emprestar R$ 350,00; que o SG ROGER disse que conhecia; que no dia seguinte daria a resposta sobre a possibilidade do empréstimo; que no dia seguinte o SG ROGER lhe entregou R$ 350,00 em espécie; que SG ROGER, ainda nas tratativas sobre o empréstimo, disse ao depoente para verificar os juros que estavam sendo praticados no mercado, a fim de remunerar o capital que estava emprestando ao depoente, mas não trataram de percentual naquele dia; que o depoente verificou a taxa de juros cobrada pelo uso do cheque especial e remuneraria o dinheiro que lhe fora emprestado com percentual equivalente; que ficou acordado, também, que o depoente pagaria o empréstimo à medida de sua possibilidade; que um ou dois meses após quitou a dívida; que não se recorda o quanto pagou; que, em seguida, sentiu necessidade de adquirir novo empréstimo e recorreu mais uma vez ao SG ROGER; que desta feita emprestou aproximadamente R$ 700,00; que a tratativa sobre os juros e forma de pagamento era a mesma do pactuado anteriormente; que, no segundo empréstimo, não quitou a dívida totalmente; que, atualmente, se tiver condições, virá efetuar o pagamento da dívida. (...) que nunca teve acesso à planilha constante dos autos às fls. 15/16 dos autos do IPM, onde há um lançamento de um valor de R$ 1.455,00, referente a empréstimo que lhe fora concedido, portanto, não sabe dizer nada sobre o assunto; que em momento nenhum faltou com a verdade; que em seu depoimento na fase de Inquérito não teve a oportunidade de se explicar no tocante à taxa de juros e à forma de pagamento do empréstimo adquirido, por isso a divergência existente; que esclarece que na fase de Inquérito respondia às perguntas elaboradas pela Autoridade de Polícia Judiciária com um "sim" ou com um "não"; que não tinha possibilidade de esclarecer o que estava sendo perguntado. (...) que em momento nenhum se sentiu coagido ou forçado a pagar o empréstimo que havia feito; que não se sente ofendido. (...).

O Ofendido CB Mar RENATO DE SOUSA GOMES, ouvido às fls. 63/64, relatou que:

> (...) que conhece os acusados do Quartel; que, no segundo semestre de 2012, conversou com o SG NONATO enquanto estava de serviço sobre passar por problemas financeiros; que naquela ocasião o SG NONATO informou ao depoente que o SG ABEL emprestava dinheiro; que o SG NONATO não chegou a informar como era feito o empréstimo; que por iniciativa própria procurou o SG ABEL; que solicitou o empréstimo no valor de R$ 750,00; que trataram sobre os juros a serem aplicados sobre o valor do empréstimo e ficou acordado que o depoente fixaria o percentual dos juros e fixou a taxa de 10%; que fixou os juros de 10% porque utilizou como parâmetro os juros cobrados no cheque especial; que o acordado seria o depoente efetuar o pagamento do empréstimo no mês seguinte, mas, por não dispor de recursos, efetuou o pagamento em duas ou três vezes; que pagou R$ 500,00 na primeira parcela e nas outras duas parcelas deu ao SG ABEL R$ 100,00, totalizando R$ 700,00; que o restante da dívida foi perdoada pelo SG ABEL; que não se sentiu ofendido ou prejudicado por ter adquirido empréstimo com o SG ABEL; que utilizou como parâmetro a taxa do cheque especial porque era a possibilidade naquele momento, pois por não ser estável, não tinha crédito nas instituições bancárias; que o perdão da dívida lhe foi concedido a pedido, pois não tinha condição de quitar a dívida naquela época; que não pretende quitar a dívida. (...).

A Sra. DOMINGAS DE OLIVEIRA ALVES, testemunha arrolada pelo MPM, na sua oitiva, acrescentou (fls. 68/70):

> (...) que dos acusados conhece apenas o SG ABEL; que dos fatos narrados na denúncia nada sabe; que, no início de 2014, conversava com a Sra. GIMOL; que perguntou para esta se conhecia alguém que emprestava dinheiro; que a Sra. GIMOL disse que o SG ABEL emprestava dinheiro; que a Sra. GIMOL teria então ligado para o SG ABEL; que este militar foi ao encontro da depoente para tratar do empréstimo; que solicitou R$ 2.000,00 ao SG ABEL e combinaram que a depoente pagaria de juros 10%; que a depoente teria que pagar o empréstimo em parcelas até o final do ano, quando a dívida deveria ser quitada; que não chegou a quitar o empréstimo e pagou o montante de aproximadamente R$ 1.000,00; que após o início das investigações o SG ABEL não procurou mais a depoente para cobrar-lhe o pagamento das parcelas; que não havia valor estipulado para o pagamento das parcelas; que a depoente pagava o quanto podia; que pagava aproximadamente de R$ 200,00 a R$ 300,00 por mês; que recebeu os R$ 2.000,00 em espécie; que fazia o pagamento das prestações, também, em espécie; que o acordado entre a depoente e o SG ABEL era que após o pagamento de uma parcela, por exemplo, no valor de R$ 300,00, deduzido do montante devido, R$ 2.000,00, o montante ficaria em R$ 1.700,00 a pagar, aonde se fazia incidir os juros de 10%, que totalizava o montante de R$ 1.870,00 para ser pago; que resolveu recorrer ao SG ABEL para realização do empréstimo e não a uma instituição finan-

> ceira porque estava sem margem consignada, ou seja, já possuía outros empréstimos que a impossibilitava de realizar empréstimos consignados; que as tratativas que fez com o SG ABEL foram realizadas dentro da Base Naval de Val-de-Cães, mais especificamente no Centro de Intendência da Marinha; que a depoente tratou com o SG ABEL através de uma janela que se localiza na entrada do Centro de Intendência da Marinha. (...).

A testemunha CB Mar DEYVLLEN SANTOS DA COSTA foi, por carta precatória, ouvida à fl. 145. Às questões formuladas pelo MPM respondeu que confirma o depoimento prestado na fase de inquérito; que não há testemunha do momento em que lhe foi proposto o empréstimo e a fixação dos juros pelo SG ABEL; que o SG ABEL não estipulou nenhuma cobrança de juros pela transação; e que não recebeu qualquer valor de nenhum dos Acusados a título de "lucro da caixinha". Às perguntas da Defesa respondeu que confirma o depoimento prestado no IPM; que não se sentiu ofendido em ter recebido por empréstimo dinheiro da caixinha administrada pelo SG ABEL; que pagou apenas o valor de R$ 1.000,00 (mil reais) recebido em empréstimo; e que não houve exigência, apenas o SG ABEL ficou no aguardo do pagamento do valor que tinha sido emprestado.

A Defesa, às fls. 81/91, suscitou exceção de incompetência da JMU para o julgamento do feito. Na mesma petição, pugnou para que fosse declarada a prescrição da pretensão punitiva pelo máximo da pena *in abstrato* prevista no art. 267 do CPM, ou, ainda, pela pena mínima que seria aplicada aos Réus. Para tanto, alegou que, entre a data dos fatos – que teriam se dado em março de 2011 – e a data de recebimento da Denúncia (18/5/2015), em se considerando a pena mínima a ser aplicada, ou mesmo a pena em abstrato cominada ao crime analisado, a pretensão punitiva estatal já estaria findada. Argumentou, também, que o ilícito cometido foi contra a economia popular, fato que, no seu entendimento, atrai a competência da Justiça comum para a resolução da lide.

O pleito foi deliberado pelo CPJ/Mar da Auditoria da 8ª CJM em 23 de setembro de 2015 e, por unanimidade de votos, restou indeferido (Decisão às fls. 115/118).

A Defesa não recorreu desse *Decisum*.

Na fase do art. 427 do CPPM as Partes nada requereram.

Em Alegações Escritas, o Órgão de Acusação alegou que restaram devidamente comprovadas a autoria e a materialidade das condutas cometidas, além do potencial conhecimento da ilicitude dos fatos, e que deles era esperado comportamento diverso, estando configurado o crime militar de Usura pecuniária. Requereu, dessa forma, as suas condenações nos termos da Exordial (fls. 157/186).

Por sua vez, a Defesa, também em Alegações Finais, argumentou que as testemunhas alegaram não terem pago juros acima da taxa de mercado, que

não houve produção de prova pericial que demonstrasse o citado abuso nos juros cobrados, e que não houve prejuízo comprovado aos Ofendidos, concluindo que a conduta atribuída a eles é atípica e, desse modo, não haveria justa causa para as suas condenações. Alternativamente, pugnou pela declaração da prescrição da pretensão punitiva estatal em face da pena *in abstrato* ou pela pena mínima a ser aplicada. Por fim, requereu a declaração da incompetência da Justiça Militar da União para o julgamento da lide (fls. 188/201).

Ficou designada a data de 29 de março de 2016 para a realização da Sessão de Julgamento do feito (fl. 206).

Na mencionada Audiência, em alegações orais, o nobre representante do MPM ratificou, na íntegra, os termos da Denúncia, pedindo a condenação dos Acusados nos seus exatos termos. Na ocasião, pontuou, dentre outras coisas, que a Ação Penal discutida demandou intensa investigação; que dos fatos investigados, que foram muitos, somente nos quatro elencados na Exordial, se demonstraram circunstâncias dolosas; que da quebra de sigilo bancário apurou-se um montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais) de movimentação bancária atípica; que as pessoas ouvidas no IPM relataram como os empréstimos aconteciam, em que pese terem mudado os seus depoimentos na fase judicial, o que não descaracteriza a acusação; e que a taxa de juros apurada era muito além do que definem as regras legais.

Dada a palavra à Defesa, esta também ratificou todos os termos das suas Alegações Finais, pugnando pela absolvição dos Réus. Alegou, dentre outras coisas, serem normais as mudanças nos depoimentos na fase judicial e que depois de instaurada a ação penal não cabe mais ligação com as declarações prestadas na fase inquisitorial, em face do contraditório e da ampla defesa, inexistentes naquele momento processual; que os fatos se resumem na realização de uma "caixinha", fruto de uma reserva legal; que a "caixinha" sempre existiu; que todos que pegaram empréstimos eram experientes e tinham condições de pagar as dívidas; que as taxas de juros do mercado são exorbitantes; que o Decreto nº 22.626/1933 foi revogado; que o crime de usura está em desuso, conforme a Lei nº 1.521/1951 (Lei de Crimes contra a Economia Popular), que define, no seu art. 4º, o crime de agiotagem e o condena; que também se deve considerar o art. 161 do Código Tributário Nacional; que nem o STJ saberia definir o patamar de juros adequado a esse tipo de operação; que a conduta imputada é atípica, pois o Decreto nº 22.626/1933 foi revogado; que os Ofendidos não sofreram prejuízos; que não houve qualquer dano à instituição militar; e que a conduta ora examinada é de competência de Foro Federal, à luz do art. 192 da CF.

Em réplica, o representante do MPM mencionou que a competência para esse tipo de delito é pacífica na JMU, solicitando o indeferimento do pedido preliminar da Defesa. No tocante à prescrição, também solicitou o indeferimento do pleito. Alegou que o Decreto nº 22.626/1933 apenas passou por

um momento de não vigência; que a produção de provas não se limitou ao IPM e que, em juízo, todos os Acusados e, também, as Testemunhas, confirmaram os empréstimos. Por fim, ratificou o pedido de condenação.

Em tréplica, a Defesa confirmou o pedido e a apreciação da exceção de incompetência da JMU, e disse não ter recorrido em nome da continuidade do processo. Asseverou que o instituto da prescrição foi por ela requerido quando a instrução ainda não estava encerrada. Alegou que o Decreto nº 22.626/1933, ao voltar a vigorar, ratifica a incompetência da Justiça Castrense para o julgamento do feito. Concluiu com a ratificação dos pedidos já mencionados.

Decidiu então o Conselho Permanente de Justiça, preliminarmente, à unanimidade de votos, pelo indeferimento do pedido de incompetência da JMU para o julgamento do feito e por indeferir a solicitação de declaração da prescrição punitiva estatal, ambos arguidos pela Defesa, por falta de amparo legal. No mérito, também por unanimidade, decidiu absolver os Réus, com fulcro no art. 439, alínea "e", do CPPM (Ata às fls. 215/218).

A Sentença foi lida, publicada e assinada em 7 de abril de 2016 (fl. 240).

Irresignado com a Sentença, o *Parquet* das Armas interpôs, em 14 de abril de 2016, o presente Recurso (fl. 243).

Nas suas Razões, requer a reforma da Decisão absolutória prolatada pelo Juízo da Aud/8ª CJM. Para tanto, alega, em síntese, que, em que pese constar na Sentença que a fundamentação se embasou no livre convencimento motivado após terem sido apreciadas as provas (CPPM, art. 297), a análise foi incorreta ao não considerar apto para uma condenação o conjunto probatório acostado aos autos, "tarifando" as provas que seriam aptas a demonstrar a premente necessidade dos Ofendidos. Sustentou que os empréstimos foram feitos na clandestinidade, que é característica própria dos crimes de usura pecuniária, o que torna praticamente impossível a produção de provas diretas. Contudo, as provas indiretas (indícios) são claras e apontam todas para o fato de que os Acusados cometeram o ilícito que lhes é imputado. Argumentou, ainda, que a obtenção da vantagem financeira se deu no momento em que os Réus, cientes da necessidade financeira dos Ofendidos, se aproveitaram e, em vez de efetuar empréstimos com juros com limites razoáveis, o fizeram com taxas exorbitantes, no intuito de obter ganho financeiro desmedido. Quanto à tese de que a conduta seria infração disciplinar, o representante do MPM argumentou que, quando do recebimento da Denúncia, foram consideradas apenas 4 (quatro) condutas e foram desconsideradas outras 38 (trinta e oito), uma vez que estas últimas não estavam devidamente revestidas da tipicidade penal necessária para a deflagração da ação penal. Ao final, requereu a condenação dos Apelados nos termos da Peça Exordial (fls. 254/284).

Contra-arrazoando a Apelação, a Defesa sustentou sua tese no fato de que o Órgão de Acusação não logrou êxito em demonstrar a premente neces-

sidade dos Ofendidos, imprescindível para que se configure o crime tipificado no art. 267 do Códex Castrense. Pugnou pela manutenção da Decisão absolutória prolatada pelo Juízo da Aud/8ª CJM e, alternativamente, requereu, no caso de condenação, que seja aplicada a pena mínima cominada ao delito *sub examine* e, após, seja declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal no presente caso (fls. 245/251).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer acostado às fls. 297/308 dos autos, subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, opina pelo provimento do Recurso, de modo a se condenar os Réus pela prática delituosa a eles atribuída.

Destaca-se o seguinte trecho do Parecer, *in verbis*:

> (...)
>
> Com efeito, a denúncia, formulada com base nos elementos contidos nos autos, narra que o Fato 1 (fls. 3/4) se deu no final de 2011. Ora, o final de 2011 é, pelo menos, a partir do segundo semestre de 2011, vão se perfazendo os 4 (quatro) anos em 18/5/2015.
>
> O mesmo se diz quanto aos demais fatos: Fato 2 (fl. 4) ocorrido no início do ano de 2013; Fato 3 (fls. 4/5), acontecido no segundo semestre de 2012 e Fato 4 (fls. 5/6), sucedido no ano de 2012.
>
> Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido. No mérito, assiste razão ao Parquet das Armas.
>
> (...)
>
> Conforme se verifica, a cobrança de juros mensais à taxa de 10% (dez por cento), aliada aos elementos alternativos: necessidade, inexperiência ou leviandade, caracteriza o crime de usura, sendo despiciendo, para tanto, qualquer tipo de prova documental da(o) vítima/ofendido.
>
> Requerer, para a caracterização do delito, como consta na r. Sentença hostilizada, que a vítima apresente comprovação documental da premente necessidade é exigir elemento não previsto no tipo penal. A norma em questão não expressa que a tipicidade forma só se completa com a apresentação de documentos comprobatórios da necessidade. Basta a prova inequívoca de cobrança de juros à taxa superior ao dobro da legalmente prevista.
>
> (...)
>
> Desse modo, ao se exigir comprovação documental para caracterização da elementar do tipo, qual seja, a premente necessidade, o Juízo a quo acabou por impor inexistente hierarquização de provas. É dizer: só se caracteriza o crime de usura pecuniária se houver a apresentação de documentos comprovando a tormentosa necessidade. Ou seja, verdadeira tarifação de provas. Todavia, não é o que a norma penal expressa.
>
> (...)

> De mais a mais, cotejando as inquirições durante a fase inquisitorial com a judicial, verifica-se haver nos autos documentos que demonstram ter havido a prática usurária imputada aos Acusados, pois todos participaram ativamente da trama delituosa, seja emprestando valores, seja recrutando pessoas.
>
> (...).

É o Relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo. Presentes também os demais requisitos para a sua admissibilidade, deve ser conhecida a Apelação.

Insurge-se o *Parquet* das Armas contra a Sentença que absolveu o 1º SG Mar RAIMUNDO **NONATO** FERREIRA RIBEIRO; o 2º SG Mar **ABEL** JUNIOR LOBATO RODRIGUES; e o 2º SG Mar **ROGER** DE ABREU ELIAS, do crime disposto no art. 267 do CPM (Usura pecuniária). O primeiro, incurso por uma vez, com a agravante da superioridade hierárquica ou em razão da função que exercia. O segundo, incurso por duas vezes, com a mesma agravante, além da de crime continuado. O terceiro, incurso por uma vez, conforme o *caput* do referido artigo.

Consta no processo que, no dia 19 de março de 2013, foi encontrada, no rancho da Base Naval de Val-de-Cães, em Belém-PA, uma bolsa do tipo porta-óculos na qual havia uma planilha de controle financeiro, um comprovante de depósito bancário e um cheque, documentos que serviram de base para que fosse deflagrada a presente Ação Penal em desfavor dos Acusados.

O *Parquet* das Armas alega que o CPJ/Mar da Aud/8ª CJM deixou de valorar adequadamente o conjunto probatório acostado aos autos, que demonstra que os Acusados se aproveitaram da premente necessidade dos Ofendidos a fim de auferirem lucros indevidos, com taxas muito maiores do que as praticadas pelos órgãos financeiros oficiais. Para o MPM, os Acusados cometeram o crime de Usura pecuniária que lhes é imputado.

A Defesa, por sua vez, pugna pela manutenção integral do *Decisum* ora guerreado, alegando que a Acusação não logrou êxito em demonstrar a intenção dos Réus de se aproveitarem da necessidade financeira ou da leviandade de terceiros (fato que, sob a sua ótica, sequer existia) ou que o percentual de juros praticados pela "caixinha" criada e administrada pelos Militares fosse exorbitante. Alega, ainda, no caso de reforma da Sentença, que o crime já estaria prescrito em se considerando o máximo da pena *in abstrato* a ele atribuída, uma vez que decorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre a data dos fatos – para a Defesa o mês de março de 2011 – e o recebimento da Exordial em 18/5/2015.

Contextualizado o feito, passa-se à análise do seu mérito.

O delito que o MPM solicita que seja imputado aos Réus está assim disposto no *Codex* Militar:

> Art. 267. Obter ou estipular, para si ou para outrem, no contrato de mútuo de dinheiro, **abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do mutuário**, juro que excede a taxa fixada em lei, regulamento ou ato oficial:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos. (grifo nosso).

Inicialmente, quanto à alegação de que o delito *sub examine* estaria prescrito, não assiste razão à Defesa. Vejamos.

Mesmo se tendo notícia de que a conduta delituosa tenha se iniciado em 2011, não se encontra findada a pretensão punitiva estatal. No crime do art. 267 do CPM, o máximo da pena prevista é de 2 (dois) anos. Seu prazo prescricional é, pois, de 4 (quatro) anos, conforme o art. 125, inciso VI, do mesmo Código.

Do compulsar dos autos verifica-se que a última causa interruptiva da prescrição foi o recebimento da Denúncia, em 18 de maio de 2015, momento no qual se reinicia a contagem do prazo prescricional, nos termos do art. 125, § 5º, do *Codex* Castrense. É farta e sedimentada a jurisprudência desta Corte nesse sentido. Precedentes[152].

Desse modo, em se considerando a data do recebimento da Denúncia e o prazo prescricional de 4 (quatro) anos previsto para o delito *sub examine*, a data limite para o Estado exercer o seu poder punitivo é o dia 17 de maio de 2019.

Mesmo que se considerasse, como requer a douta Defesa, o início da contagem dos prazos prescricionais das datas em que se consumaram os delitos até a data de recebimento da Exordial, da mesma forma, não ocorre a prescrição da pretensão punitiva.

São 4 (quatro) os fatos examinados no presente feito. Eles se deram, respectivamente, "no final de 2011" (por óbvio, a partir do segundo semestre); "no segundo semestre de 2012" e no "início de 2013". Conjugando-se tais períodos com o prazo prescricional de 4 (quatro) anos previsto para o delito perpetrado, também não se verifica, em nenhum dos casos, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por fim, na hipótese de reforma da Sentença, com a condenação dos Acusados à pena mínima de 6 (seis) meses cominada ao delito que lhes é imputado, o prazo prescricional passaria a ser contado com base na pena aplicada,

---

[152] Apelação nº 239-80.2011.7.01.0201/RJ, Relator: Min. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, julgada em 23/11/2016, decisão por maioria; Apelação nº 175-15.2012.7.12.0012/AM, Relator: Min. Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, julgada em 4/11/2016, decisão por unanimidade; Apelação nº 273-55.2011.7.01.0201/RJ, Relator: Min. Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, julgada em 5/9/2016, decisão por unanimidade.

e seria de 2 (dois) anos, conforme o art. 125, inciso VII, do CPM. Ainda assim, não se passou o lapso temporal necessário – entre a data do recebimento da Denúncia e o dia de hoje, ocasião do julgamento do feito – para que possa ser declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Não há, assim, que se falar em prescrição no presente caso.

Quanto ao mérito da questão propriamente dito, restam incontestes a autoria e a materialidade do delito.

A primeira está cristalinamente demonstrada pela confissão dos Réus e pelos depoimentos dos Ofendidos, tanto na fase inquisitorial como na judicial. A segunda é também inferida pelos depoimentos dos Acusados e dos Ofendidos, nas duas fases do processo, além do vasto e irrefutável acervo probatório nele acostado.

Também não restam quaisquer dúvidas no tocante à intenção dos Graduados de angariarem lucros exacerbados, aproveitando-se da necessidade financeira urgente dos Ofendidos. Vejamos.

Como se sabe, comete-se o crime disposto no art. 267 do CPM ao se estipular, para si ou para terceiros, em contrato de mútuo de dinheiro, abusando da necessidade premente, da inexperiência ou da leviandade do mutuário, juro maior do que as taxas fixadas em leis, regulamentos ou atos oficiais.

Trata-se de norma penal em branco. Necessita, pois, o mencionado dispositivo de complementação para a sua aplicação e, para esse fim, o STM tem recorrido à Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), que, no seu art. 1º, proíbe a estipulação de juros superiores ao dobro da taxa legal de 12% (doze por cento) ao ano.

E a jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento no sentido de que o percentual de 10% (dez por cento) já configura o abuso a que se refere o tipo penal que ora se examina.

Nesse contexto, cita-se a Apelação nº 6-57.2007.7.07.0007/PE, cuja Relatora foi a Exma. Sra. Min. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, julgada em 29/4/2011, *in verbis*:

> USURA PECUNIÁRIA. NORMA PENAL EM BRANCO. REGULAMENTAÇÃO DOS JUROS. INCIDÊNCIA DO DECRETO Nº 22.626/33. TAXA SELIC. ARTS. 406 E 591 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. AUMENTO DE PENA. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL.
>
> Incorre no crime previsto no art. 267 do CPM o militar que pratica contrato de mútuo, cobrando dos colegas de caserna taxas de juros remuneratórios superior ao dobro das taxas de juros legalmente previstas, seja pela SELIC, seja pelo § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, ambas aplicadas por força dos art. 406 e 591 do vigente Código Civil.
>
> A gravidade dos fatos apurados no presente recurso revela-se não só pela violação do bem juridicamente tutelado pelo Código Penal Militar, no

caso o patrimônio dos ofendidos, mas ao perigo abstrato de dano ao regular funcionamento do sistema financeiro brasileiro, caso tal prática seja adotada em larga escala por outras pessoas, tanto que o legislador ordinário a classifica como crime contra a economia popular (Lei nº 1.521/1951).

Os argumentos apresentados pelo Ministério Público Militar como causas de aumento de pena já estão abarcados no tipo penal previsto no art. 267 do CPM, de modo que a fixação da pena em seu mínimo legal afigura-se correta e proporcional às condutas examinadas.

Desprovidos os recursos do *Parquet* das Armas e da Defesa.

Decisão majoritária.

Ainda, cita-se a Apelação nº 50-44.2007.7.01.0201/RJ, Relator: Min. Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, julgada em 5/2/2010, assim ementada:

APELAÇÃO. DEFESA. PRELIMINAR INTEMPESTIVIDADE RECURSO "PARQUET" MILITAR. MEMBRO MPM RETIROU-SE DA AUDIÊNCIA ANTES DO SEU TÉRMINO SEM APOR O "CIENTE" NA SENTENÇA. PRELIMINAR REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME. ART. 267 DO CPM. USURA PECUNIÁRIA. MILITARES COTISTAS DE "CAIXINHA" UTILIZADA PARA EMPRÉSTIMOS DE INTEGRANTES E TERCEIROS. TAXA ABUSIVA. CRIME CONFIGURADO. APELO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. O prazo recursal inicia-se com a intimação pessoal do Membro do Ministério Público Militar, sobretudo se a Ata da Audiência de Leitura da Sentença consigna "MP a intimar", em face da saída do referido membro antes do seu término sem apor o seu ciente da Sentença. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

2. Militares que se organizam em sistema de cotas instituindo "caixinha" em conta-poupança utilizada para empréstimos a juros de dez por cento ao mês, tanto para cotistas como terceiros, cometem o crime de usura pecuniária insculpido no art. 267 do CPM.

3. Os juros de dez por cento ao mês, por si só, pode configurar o "abuso" referido no tipo penal do art. 267 do CPM, vez que muito acima da taxa legal prevista no Decreto nº 22.626/33 – Lei da Usura.

4. Apelação provida. Decisão unânime.

Sobre os aspectos subjetivos da Usura pecuniária tipificada no Códex Castrense, GUILHERME DE SOUZA NUCCI[153], ao discorrer sobre o tema, assim se manifesta:

(...) o delito é doloso e demanda elemento subjetivo específico, consistente na consecução de lucro excessivo em detrimento da vítima. Essa particular finalidade decorre do verbo **abusar**, constante expressamente da figura típica (grifo nosso).

[153] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 267.

Dessa maneira, caracterizada a cobrança de juros mensais à taxa de 10% (dez por cento), conjugada com qualquer um dos elementos descritos na norma penal castrense, quais sejam, necessidade, inexperiência ou leviandade, está caracterizado o crime de Usura pecuniária elencado no CPM.

Requer-se, também, segundo o CPJ/Mar da Aud/8ª CJM, para que se configure esse delito, que os ofendidos comprovem por meio de documentação formal a sua necessidade financeira. Como exemplo de tais documentos podemos citar: extratos bancários, contratos de aluguéis, certidões do SPC/SERASA etc.

Entretanto, esse entendimento – de formalidade documental para que se caracterize a agiotagem – nos parece equivocado.

A uma, de uma simples leitura do art. 267 do CPM percebe-se que a regra nele disposta não obriga o ofendido a apresentar qualquer tipo de documento para que se comprove sua necessidade, inexperiência ou leviandade.

Ainda, e por óbvio, o interesse de quem pratica a usura pecuniária é o de emprestar a maior quantia em dinheiro possível, para quantas pessoas puder, com juros superiores aos praticados no mercado. É, pois, característica de quem o faz, agir na clandestinidade, no intuito de perpetuar a sua prática delitiva, podendo, assim, obter lucros cada vez maiores. Outra característica própria da atividade é a informalidade, com os seus atos (empréstimos, cobranças, recebimentos etc.) sendo praticados diretamente entre as partes, sem que ocorram, por exemplo, emissões de recibos ou transferências bancárias.

Desse modo, criar uma exigência de apresentação de documentação formal de premente necessidade, de inexperiência ou de leviandade do ofendido para que se configure o delito de agiotagem é criar uma nova elementar para o tipo penal, inexistente no art. 267 do CPM.

Com o mesmo entendimento, cita-se, novamente, trecho do Parecer subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA, *in verbis*:

> (...)
>
> Desse modo, com razão o órgão do Parquet Castrense ao afirmar que, para a caracterização do delito de usura, desnecessária a apresentação de documentos com a finalidade de demonstrar situação de carência, pois a informalidade é uma característica do fato, não se exigindo, para tanto, nenhum documento.
>
> (...).

Some-se a isso que entender pela exigência da documentação formal é, ainda, deixar de levar em consideração os contratos verbais, perfeitamente possíveis no Direito brasileiro, que produzem todos os efeitos legais conforme a norma civil.

Ademais, mesmo o art. 297 do CPPM[154], utilizado como fundamento da absolvição dos Acusados pelo Juízo *a quo*, determina que as provas devem ser cotejadas com as demais. Ao fazê-lo, o julgador deve verificar se existem, entre elas, compatibilidade e concordância.

Faz-se, também, necessário que sejam analisados os indícios dos atos examinados. O art. 382 do Diploma Processual Castrense é cristalino nesse sentido ao conceituar, *in verbis*:

> Art. 382. Indício é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova.

Desse modo, é descabida a exigência de apresentação, por parte dos ofendidos, de documentação comprobatória formal da sua necessidade financeira, inexperiência ou leviandade, uma vez que configura uma desarrazoada tarifação de provas. Como muito bem posto pela douta Parecerista da PGJM, essa visão é dizer que: "só se caracteriza o crime de usura pecuniária se houver a apresentação de documentos comprovando a tormentosa necessidade", fato que vai de encontro ao disposto no art. 267 da Lei Substantiva Castrense.

Nos crimes que se caracterizam, na sua essência, pela informalidade e clandestinidade, exatamente pela dificuldade em se angariar provas formais, é suficiente a cobrança exacerbada da taxa de juros, desde que comprovada (direta ou indiretamente).

In casu, o vasto acervo probatório acostado ao feito pelo MPM muito bem demonstra a intenção dos Agentes de lucrarem de forma exagerada. Além da planilha de controle da "caixinha" encontrada no rancho da Base Naval de Val-de-Cães – reconhecida pelo SG ABEL como sendo o documento de controle dos créditos –, na qual, somente em MAR/2013, consta o nome de 68 (sessenta e oito) pessoas como devedoras, muitas delas ouvidas na fase inquisitorial do processo, constam alguns registros bancários da conta do Graduado com diversos depósitos, identificados ou não, que somam uma quantia muito acima do vencimento de um sargento.

Consta, também, o Relatório de Análise de Dados Financeiros gerado pelo MPM após a quebra do sigilo bancário dos envolvidos, que dá conta de uma movimentação de mais de R$ 100.000,00 (cem mil reais), valor já com a exclusão das verbas remuneratórias.

Esses documentos, se analisados em conjunto com os depoimentos das fases inquisitorial e judicial, não deixam quaisquer dúvidas sobre a participação dos Réus no cometimento do crime que lhes é atribuído, seja emprestando valores ou recrutando pessoas.

---

[154] 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.

Por fim, os depoimentos colhidos na fase inquisitorial, ainda que não ratificados em juízo, podem constituir prova para uma condenação nos casos em que os demais elementos probatórios convergirem para a certeza da autoria e do cometimento do delito.

Assim, deve ser reformado o *Decisum* prolatado pelo CPJ/Mar da Aud/8ª CJM. Devem os Apelados ser condenados pelo cometimento do delito do art. 267 do CPM.

No tocante à dosimetria da pena, vejamos.

Referente ao primeiro Réu, o 1º SG Mar RAIMUNDO NONATO FERREIRA RIBEIRO, fixa-se a pena-base em 6 (seis) meses de detenção, mínima prevista no art. 267, *caput*, do CPM. Na segunda fase, em que pese o MPM ter requerido a incidência da agravante do § 2º do art. 267 do CPM, no entendimento deste Magistrado, não exsurge dos autos nenhuma prova de que o Acusado tenha se valido da sua superioridade hierárquica para o cometimento do delito. Ausentes, ainda, quaisquer atenuantes, como também causas de aumento ou de diminuição da pena, torno a pena definitiva no patamar acima citado.

Quanto ao segundo Acusado, 2º SG Mar ABEL JUNIOR LOBATO RODRIGUES, fixa-se a pena-base em 6 (seis) meses de detenção, mínima prevista no art. 267, *caput*, do CPM. Na segunda fase, a sanção é agravada em 1/2 (um meio) em razão da continuidade delitiva do Agente, uma vez que ficou comprovada a prática de mais de um crime idêntico, em condições de tempo, lugar e maneira de execução, que preenchem os requisitos listados no art. 80 do CPM, ou seja, foram continuação do primeiro, chegando a 9 (nove) meses de detenção. Ausentes, ainda, quaisquer majorantes ou minorantes, torno-a definitiva no patamar acima fixado.

Por fim, no tocante ao terceiro Réu, 2º SG Mar ROGER DE ABREU ELIAS, fixa-se a pena-base em 6 (seis) meses de detenção, mínima prevista no art. 267, *caput*, do CPM. À mingua de circunstâncias agravantes ou atenuantes ou de causas de aumento ou diminuição de pena, torno-a definitiva no patamar acima mencionado.

Por se tratar de Réus primários e de bons antecedentes, assiste-lhes o direito de recorrer em liberdade, conforme o art. 527 do CPPM. Do mesmo modo, os Militares fazem jus ao benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme o art. 84 do CPM, devendo ser observado o estabelecido no art. 626 do Diploma Processual Castrense, exceto a alínea "a". Designo o Juízo de origem para presidir a Audiência Admonitória nos termos do art. 611 do CPPM, fixando o regime prisional aberto para o cumprimento da pena no caso de renúncia ou de revogação do benefício ora concedido, de acordo com a alínea "c" do § 2º do art. 33 do Código Penal comum.

Posto isso, dou provimento parcial ao Apelo ministerial para, reformando a Sentença, condenar o 1º SG Mar RAIMUNDO NONATO FERREIRA RIBEIRO e o 2º SG Mar ROGER DE ABREU ELIAS à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incursos no art. 267, *caput*, do CPM; e condenar o 2º SG Mar ABEL JUNIOR LOBATO RODRIGUES à pena de 9 (nove) meses de detenção, como incurso no art. 267, *caput*, c/c o art. 80, ambos do CPM, todos com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o regime prisional inicialmente aberto; e, de ofício, declarar extinta a punibilidade dos Réus, pelo advento da prescrição, conforme o art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII, §§ 1º e 5º, e 129, todos do CPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar, suscitada pela Defesa, de extinção da punibilidade, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, com termo inicial anterior à data do recebimento da Denúncia. **No mérito**, **por maioria**, em dar provimento parcial ao Apelo, interposto pelo Ministério Público Militar, para reformar a Sentença e condenar o 1º SG Mar Raimundo Nonato Ferreira Ribeiro e o 2º SG Mar Roger de Abreu Elias à pena de 6 (seis) meses de detenção; e condenar o 2º SG Mar Abel Junior Lobato Rodrigues à pena de 9 (nove) meses de detenção, todos como incursos no art. 267, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, nas condições estabelecidas no Acórdão, fixando o regime prisional inicialmente aberto. E, por fim, **por unanimidade**, de ofício, em declarar a extinção da punibilidade, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva, com fulcro no art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VII, §§ 1º e 5º, e 129, todos do CPM.

Brasília, 13 de junho de 2017 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Revisor e Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Nº 27-56.2014.7.08.0008-PA

Votei vencido, acompanhado pelos Ministros Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, Dr. JOSÉ BARROSO FILHO e Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, ao negar provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo a Sentença *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consoante se observa dos autos, trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar, inconformado com a Sentença que absolveu o 1º SG Mar RAIMUNDO NONATO FERREIRA RIBEIRO, o 2º SG Mar ABEL JUNIOR LOBATO RODRIGUES e o 2º SG Mar ROGER DE ABREU ELIAS do crime previsto no art. 267 do Código Penal Militar (usura pecuniária).

Em suas Razões Recursais (fls. 254/284), o órgão acusatório argui que os Réus teriam cometido o delito de usura pecuniária ao criarem, em março de 2011, um fundo particular de investimentos para a prática de agiotagem, denominado, informalmente, de "caixinha". Alega o MPM que o propósito desses militares era a realização de empréstimos de dinheiro a outros militares e servidores civis de Unidades Militares subordinadas ao Comando do 4º Distrito Naval para obtenção de lucros a partir da cobrança de juros dos mutuários.

Entendi que não assistia razão ao Ministério Público Militar em seu pedido de reforma da Sentença para condenação dos Réus, pelas razões que seguem.

Embora o Ministério Público Militar tenha, em conjunto com a autoridade policial militar, no transcorrer de dois anos, trabalhado em extenso Inquérito Policial Militar, tal trabalho resultou em Denúncia pela verificação da suposta ocorrência de apenas quatro fatos delituosos, em face do pedido de arquivamento de trinta e oito condutas, por não estarem devidamente revestidas de tipicidade penal.

O pedido de arquivamento das condutas apresentado pelo *Parquet* se deu com a seguinte fundamentação:

> (...) os empréstimos realizados para as pessoas não relacionadas na denúncia não são ilícitos penais, pois não preenchem as elementares do crime de usura pecuniária, e isso se diz pelas razões a seguir.
>
> Verificou-se que na maioria dos casos os mutuários não informavam os motivos que os levavam a contrair os empréstimos junto aos Sargentos, limitando-se a solicitar o crédito e anuir com a fixação dos juros.
>
> Nesses casos, por não ter conhecimento das condições pessoais dos mutuários que os levavam a contrair os empréstimos, as condutas dos militares mutuantes não estariam impregnadas da consciência e da vontade dirigidas a "abusar" da premente necessidade daquelas pessoas.
>
> Em alguns dos casos os juros não poderiam ser considerados abusivos devido ao fato de terem sido pactuados por proposta do mutuário; havia empréstimos sem a fixação de juros; em outros casos não se vislumbrou a existência de premente necessidade do mutuário, como aqueles feitos para o custeio de atividades de lazer, porque o mutuário não tinha margem consignável para empréstimo junto a instituições bancárias, ou, simplesmente, para evitar burocracia.
>
> Não houve, também, caso em que se vislumbrasse a presença das elementares típicas abusar da inexperiência ou da leviandade do mutuário com segurança suficiente a sustentar uma acusação pela prática do crime previsto no art. 267, *caput*, do CPM.
>
> Com efeito, em todos os empréstimos noticiados nos autos, os mutuários eram servidores públicos civil e militares que vivem na capital ou região metropolitana, portanto, pessoas presumivelmente esclarecidas para

> a prática dos atos da vida civil, o que afasta a ideia de inexperiência, geralmente associada a pessoas com pouca idade, rurícolas etc.
>
> Além disso, todas essas pessoas eram informadas dos termos do empréstimo e, com isso, passavam a ter conhecimento suficiente sobre a avença a que estavam se submetendo (embora de condições injustas); isso afasta a presunção de leviandade dos mutuários, que, nesses casos, não existiria sem estar ligada à ideia de premente necessidade (o que levaria à tipicidade penal pelo atendimento de outra elementar). (...).

O MPM, portanto, ofereceu Denúncia contra os Réus pela prática de 4 (quatro) supostos fatos delituosos, elencando as seguintes situações:

Fato 1 - Ofendido Soldado Fuzileiro Naval DEYVLLEN SANTOS DA COSTA:

Alega o MPM que teria havido contradição entre os depoimentos prestados pelo Ofendido em sede de IPM e em Juízo, assim como também haveria contradição de seu depoimento com o que fora prestado pelo SG ABEL. Dos depoimentos prestados, devem ser destacadas as seguintes informações:

- O SD DEYVLLEN, em IPM, afirmou que precisou tomar R$ 1.000,00 (mil reais) emprestado com o SG ABEL porque seu filho estava doente;

- Também em IPM, aduziu que não se recordava exatamente, mas achava que o SG ABEL teria estipulado juros de 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento);

- Afirmou, em IPM, que teria efetuado o pagamento, após 2 (dois) meses, da quantia de R$ 1.100,00 (mil e cem reais), porque não teve como quitar a dívida no primeiro mês;

- Em Juízo, declarou o Ofendido que o SG ABEL não teria estipulado nenhuma cobrança de juros, e que teria pago apenas os R$ 1.000,00 (mil reais) que tomou emprestado, tendo o próprio SG ABEL dispensado qualquer acréscimo;

- Já o SG ABEL, ao ser interrogado em Juízo, confirmou que emprestou R$ 1.000,00 (mil reais) ao SD DEYVLLEN, que estava com dificuldades porque seu filho estava doente;

- Alegou que cobrou pela remuneração do capital emprestado apenas os juros bancários, não se recordando do percentual estipulado;

- Ressaltou que o SD DEYVLLEN não chegou a pagar o dinheiro que pegou emprestado;

- Informa o MPM que na planilha encontrada consta o nome "MN DAVILIN", o qual entende tratar-se do SD DEYVLLEN, em que está lançada uma dívida de R$ 1.000,00 (mil reais), o que, segundo o MPM, seria um indício de que o valor principal da dívida não teria sido liquidado.

Fato 2 - Ofendida servidora civil GIMOL FREITAS BASTOS:

Aduz o MPM que também teria havido divergência entre os depoimentos prestados pela Ofendida em IPM e em Juízo, assim como entre eles e o depoimento do SG ABEL:

- Em IPM, a Ofendida declarou que, como estava passando por dificuldades financeiras, fez um empréstimo com o SG ABEL, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com taxa de juros a 10% (dez por cento), o qual estava sendo pago aos poucos;

- Em Juízo, informou que o SG ABEL não cobrou juros de empréstimo, mas a depoente achou por bem pagar o montante de 10% (dez por cento) de juros;

- Afirmou que pagava de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 300,00 (trezentos reais) mensalmente, mas que não chegou a quitar o empréstimo e nem pretendia fazê-lo;

- Por sua vez, o SG ABEL declarou que emprestou o dinheiro à Sra. GIMOL após ela ter lhe confidenciado que passava por dificuldades financeiras;

- Afirmou ter cobrado dela apenas os juros bancários, sem saber afirmar o percentual estipulado;

- Informou que, do montante, a civil pagou apenas R$ 300,00 (trezentos reais), informação essa que corrobora a anotação da planilha, na qual consta o registro do pagamento de uma única parcela nesse mesmo valor.

Fato 3 - Ofendido Cabo RENATO DE SOUZA GOMES:

Novamente, o MPM suscita a contradição existente entre os depoimentos prestados pelo Ofendido em IPM e em Juízo, assim como a contradição existente entre eles e o depoimento prestado pelo SG NONATO, militar que lhe informou a existência da "caixinha". Vejamos:

- Em depoimento prestado no IPM, o Ofendido declarou que, em conversa com o SG NONATO, no segundo semestre de 2012, relatou a ele dificuldades em sua situação financeira, tendo o graduado sugerido que conversasse com o SG ABEL para que pudesse pegar o empréstimo de uma quantia que suprisse suas necessidades, com cobrança de juros a 10% (dez por cento);

- Alega que procurou o SG ABEL e lhe pediu empréstimo da quantia de R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), informando-lhe que precisava do dinheiro para pagar o aluguel do imóvel onde morava;

- Em Juízo, afirmou que, ao tratar sobre juros com o SG ABEL, ficou acordado que o próprio depoente fixaria o percentual, o qual estipulou em 10% (dez por cento), usando como parâmetro os juros cobrados no cheque especial;

- Informou que foi acordado que o depoente faria o pagamento no mês seguinte, mas, por não dispor de recursos, efetuou o pagamento do empréstimo em três vezes, sendo a primeira parcela de R$ 500,00 (quinhentos reais) e as outras duas de R$ 100,00 (cem reais), totalizando R$ 700,00 (setecentos reais), sendo o restante da dívida perdoada pelo SG ABEL;

- Em Juízo, o SG ABEL confirmou ter feito o empréstimo ao CB RENATO, cobrando como remuneração apenas os juros bancários, sem lembrar o percentual;

- Afirmou que, por ocasião do pagamento, o Ofendido lhe disse que estava com problemas com a filha, pagando apenas o valor emprestado – R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais);

- O SG NONATO declarou em Juízo, por sua vez, que era apenas integrante da caixinha, tendo aplicado R$ 500,00 (quinhentos reais) em uma única vez, em 2011, pois em 2012 seria movimentado para a cidade do Rio de Janeiro.

Fato 4 - Ofendido Suboficial CLEUSON COSTA PEREIRA:

- Em Juízo, o Suboficial declarou que no ano de 2012 conversou com o SG ROGER sobre sua vida pessoal, e falou sobre sua dificuldade financeira;

- Informou que no dia seguinte o SG ROGER lhe entregou a quantia de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) em espécie, e disse a ele que verificasse os juros que estavam sendo praticados no mercado, a fim de remunerar o capital;

- Alegou o depoente, então, que verificou a taxa praticada de juros de cheque especial, e remuneraria o capital com percentual equivalente, não se recordando, no entanto, quanto pagou;

- Afirmou que logo em seguida sentiu necessidade de adquirir novo empréstimo, recorrendo novamente ao SG ROGER, obtendo novo empréstimo de R$ 700,00 (setecentos reais), sendo que a tratativa sobre os juros e a forma de pagamento se deu da mesma maneira que da outra vez; afirmou não ter quitado a dívida totalmente dessa vez;

- Questionado acerca da divergência de suas declarações sobre os juros em IPM e em Juízo, informou que no Inquérito não teve a oportunidade de se explicar no tocante à taxa de juros e à forma de pagamento do empréstimo adquirido, esclarecendo que respondia às perguntas da Autoridade Militar apenas com um “sim” ou “não”, sem a possibilidade de esclarecer o que estava sendo perguntado;

- Em depoimento judicial, o SG ROGER declarou que faziam os empréstimos aos militares com base na confiança, e que não estipulavam percentual para remunerar os juros, ficando a remuneração do capital ao livre arbítrio do tomador de empréstimo.

O crime de usura pecuniária, no âmbito penal militar, é previsto no art. 267 do CPM e possui a seguinte redação:

> Art. 267. Obter ou estipular, para si ou para outrem, no contrato de mútuo de dinheiro, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do mutuário, juro que excede a taxa fixada em lei, regulamento ou ato oficial:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Conforme se observa do dispositivo supra, trata-se de crime doloso, cuja objetividade jurídica consiste na **tutela do patrimônio**.

O sujeito ativo do delito pode ser tanto o militar, da ativa ou não, quanto o civil. O sujeito passivo, da mesma maneira, pode ser militar ou civil, desde que esteja em premente necessidade, seja pessoa inexperiente ou leviana.

A **premente necessidade** se caracteriza por uma forte motivação **emergencial,** que não deixa alternativa ao mutuário senão a realização do empréstimo a juros exorbitantes. Como exemplo, podemos citar a necessidade em face de problemas de saúde ou para saldar dívida de imóvel dado como garantia, ou seja, de questões graves que precisam ser resolvidas com urgência, sob pena de consequências extremamente gravosas.

Por outra monta, a **inexperiência** é caracterizada pela falta de vivência do mutuário, que pode ser balizada não apenas em relação à falta de trato financeiro, como também pela falta de conhecimento em negócios em geral.

Já a **leviandade** do mutuário está ligada à sua alienação, à precipitação ou falta de cautela, ou seja, embora se trate de pessoa experiente, seu descuido e negligência o levam a contrair empréstimo com juros exorbitantes.

Os verbos que contemplam o núcleo do tipo em comento são: **obter**, que significa conseguir, alcançar os juros abusivos, considerados como tais aqueles excedentes da taxa fixada em lei; e **estipular**, que consiste em ajustar ou convencionar taxa de juros exorbitantes, ainda que não chegue a consegui-los.

Inicialmente, convém ressaltar que ao particular não é proibido emprestar dinheiro, ainda que haja cobrança de juros e de garantia. No entanto, com o intuito de tutelar o patrimônio do devedor e a economia popular, a legislação pátria tipificou a ilicitude do empréstimo feito com cobrança excessiva e abusiva de juros (aquela que ultrapassa o limite legal), prática comumente conhecida com o nome de *agiotagem*.

No entanto, o regramento militar prevê como contravenção disciplinar a prática de empréstimo de dinheiro ou de qualquer transação comercial dentro da Organização Militar. Com relação à Marinha, assim dispõe o Regramento Disciplinar (Decreto nº 88.545/93):

> Art. 7º São contravenções disciplinares:
>
> (...)
>
> 36. contrair dívidas ou assumir compromissos superiores às suas possibilidades, comprometendo o bom nome da classe;
>
> (...)
>
> 40. fazer qualquer transação de caráter comercial em Organização Militar.

Logo, antes de discutir se as condutas analisadas no caso em comento estão ou não subsumidas no tipo legal previsto art. 267 do CPM, deve-se registrar que, em âmbito militar, o empréstimo de dinheiro e a prática das "caixinhas" não são autorizados, devendo, assim, agir a autoridade militar no sentido de punir qualquer transgressão que ocorra nesse sentido.

No entanto, analisando as condutas descritas na Denúncia à luz do **direito penal militar**, entendo que não assiste razão ao douto *Parquet*.

Conforme já anotado, trata-se de delito que tutela o patrimônio. No entanto, observando os depoimentos prestados pelos supostos Ofendidos, constata-se que nenhum deles se considerou lesado ou prejudicado por ter realizado o empréstimo. Ao contrário, todos foram unânimes em dizer, em Juízo, que a taxa de juros foi estipulada pelos próprios mutuários, que tomaram como parâmetro a taxa bancária usual no momento da operação de crédito.

Ademais, alguns Ofendidos também informaram não terem quitado o empréstimo realizado e sequer terem sido cobrados para fazê-lo, acrescentando, inclusive, que não pretendem saldar o débito.

Deve-se anotar que a divergência apontada pelo MPM entre as declarações dos Ofendidos feitas em IPM e em Juízo não pode ser usada para prejudicar a situação dos Apelados. Como se sabe, as provas colhidas em IPM, para serem válidas, devem estar em harmonia com o conjunto probatório produzido em Juízo.

No entanto, não é esse o caso dos autos.

Aduz o órgão acusatório que os Ofendidos teriam mudado suas versões sobre os fatos, pois teriam declarado, em sede inquisitorial, que os juros foram estipulados pelos Réus. No entanto, em Juízo, teriam dito que a estipulação dos juros foi realizada por eles próprios, que se embasaram na taxa bancária usada à época.

Ora, se os próprios Ofendidos são enfáticos ao afirmar que não se sentiram lesados e se declararam em Juízo eles próprios terem estipulado os juros dos empréstimos, não compete ao julgador afirmar que as informações prestadas são falsas, quanto mais se não existem nos autos elementos suficientes a sustentar tal afirmação.

Logo, para verificar a existência ou não do crime de usura pecuniária, passa-se à análise caso a caso das condutas denunciadas:

Com relação ao Ofendido **Soldado Fuzileiro Naval DEYVLLEN SANTOS DA COSTA (FATO 1),** temos as seguintes declarações, prestadas por ele perante o Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM (fl. 145):

> (...) **que o SG ABEL não estipulou nenhuma cobrança de juros**; (..) **que só pagou os R$ 1.000,00 que pegou emprestado**; **que o próprio SG ABEL dispensou qualquer acréscimo**; que não houve exigência, apenas o sargento ficou aguardando o pagamento do que havia sido emprestado (...) (grifos nossos).

Há de se observar, com relação a esse primeiro fato tido como criminoso, que **as elementares do tipo "obter" ou "estipular" não foram atendidas**, haja vista que, conforme aduz o próprio Ofendido, os juros foram fixados por ele mesmo, e não pelo SG ABEL. Por outro lado, como ele pagou apenas o montante referente ao valor tomado como empréstimo, o mutuante não obteve quaisquer juros decorrentes da operação realizada, restando atípica, portanto, a conduta com relação a essa primeira situação.

No que concerne à Ofendida **servidora civil GIMOL FREITAS BASTOS (FATO 2),** têm-se as seguintes declarações prestadas em Juízo (fls. 59/60):

> (...) que aceitou o empréstimo no montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais); **que o SG ABEL não cobrou juros de empréstimo, mas a depoente quis pagar 10% (dez por cento) sobre o valor emprestado a título de juro**; que, àquela época, os juros bancários estavam muito altos e a depoente, além disso, não tinha margem consignada para realizar operações de empréstimo; que não havia estipulação de valor a ser pago mensalmente; que a depoente era quem estipulava o valor que iria dar para amortizar a dívida; que pagava R$ 200,00 ou R$ 300,00 mensalmente; **que não chegou a quitar o empréstimo porque foi transferida para outro local e não falou mais com o SG ABEL sobre a dívida; que ele também não lhe procurou para cobrar pagamento**. (...) que não se recorda quanto pagou pelo empréstimo; **que não pretende quitar o empréstimo** (...) (grifos nossos).

Constata-se, também com relação a este fato denunciado pelo MPM, que não houve a estipulação de juros pelos Réus (estipulação foi feita pela própria Ofendida), nem a obtenção dos mesmos, haja vista que sequer ocorreu a quitação do empréstimo, quanto mais o pagamento dos juros. **Não estando presentes, portanto, as elementares do tipo "obter" ou "estipular" na conduta descrita, a mesma resta atípica.**

Passa-se à análise da situação do **Ofendido Cabo RENATO DE SOUZA GOMES (FATO 3),** que informou ao Juízo (fls. 63/64):

> (...) que por iniciativa própria procurou o SG ABEL; que solicitou o empréstimo no valor de R$ 750,00; **que trataram sobre os juros a se-**

> **rem aplicados sobre o valor do empréstimo e ficou acordado que o depoente fixaria o percentual dos juros;** que fixou os juros de 10% porque utilizou como parâmetro os juros cobrados no cheque especial; que o acordado seria o depoente efetuar o pagamento do empréstimo no mês seguinte, mas, por não dispor de recursos, efetuou o pagamento do empréstimo em duas ou três vezes; que pagou R$ 500,00 na primeira parcela e nas outras duas parcelas deu ao SG ABEL R$ 100,00, totalizando R$ 700,00; **que o restante da dívida foi perdoada pelo SG ABEL**; **que não se sentiu ofendido ou prejudicado por ter adquirido empréstimo com o SG ABEL**; que utilizou como parâmetro a taxa do cheque especial porque era a possibilidade naquele momento, pois por não ser estável, não tinha crédito nas instituições bancárias; **que o perdão da dívida lhe foi concedido a pedido, pois não tinha condição de quitar a dívida naquela época; que não pretende quitar a dívida** (...).(grifos nossos).

Novamente, verifica-se que não houve obtenção de juros pelos Réus, tendo a dívida, inclusive, sido perdoada. Ademais, a estipulação dos juros havia sido feita pelo próprio Ofendido, razão pela qual **não há que se falar em conduta típica, em virtude da ausência das elementares do tipo "obter" e "estipular".**

Por fim, passa-se à análise da última conduta considerada como criminosa pelo MPM, praticada contra o **Ofendido Suboficial CLEUSON COSTA PEREIRA (FATO 4)**, o qual declarou em Juízo (fls. 61/62):

> (...) que, no dia seguinte, o SG ROGER lhe entregou R$ 350,00 em espécie; **que o SG ROGER, ainda nas tratativas sobre o empréstimo, disse ao depoente para verificar os juros que estavam sendo praticados no mercado, a fim de remunerar o capital que estava emprestando ao depoente**, mas não trataram de percentual naquele dia; que o depoente verificou a taxa de juros cobrada pelo uso do cheque especial e remuneraria o dinheiro que lhe fora emprestado com percentual equivalente; que ficou acordado também que o depoente pagaria o empréstimo a medida de sua possibilidade; que um ou dois meses após quitou a dívida; que não se recorda o quanto pagou; que em seguida sentiu necessidade de adquirir novo empréstimo e recorreu mais uma vez ao SG ROGER; que, desta feita, emprestou aproximadamente R$ 700,00; que a tratativa sobre os juros e forma de pagamento era a mesma do pactuado anteriormente; **que, no segundo empréstimo, não quitou a dívida totalmente; que atualmente, se tiver condições, virá a efetuar o pagamento da dívida** (...).(grifos nossos).

Observa-se, portanto, também com relação a essa última conduta, que **estão ausentes as elementares do tipo "obter" ou "estipular"**, não havendo que se falar em tipicidade ou subsunção dos fatos à norma insculpida no art. 267 do CPM.

A Sentença proferida pelo Juízo *a quo* absolveu os Réus com a seguinte fundamentação:

(...) Neste caso concreto, se tem descrito na denúncia o empréstimo de dinheiro a juros com taxas superiores a legalmente permitida, valendo-se da premente necessidade dos mutuários.

As evidências advindas do IPM e as provas produzidas em Juízo dão a certeza de que os réus se juntaram em uma espécie de "caixinha". Capitalizaram dinheiro e passaram a fazer empréstimos a juro, como remuneração do capital, contudo, somente este fato não caracteriza o crime de usura nos moldes do art. 267 do CPM.

Perante o CPJ Mar, a SC GIMOL FREITAS BASTOS disse ter tomado um empréstimo do SG ABEL, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), e que ele não cobrou juros. Que ela pegou o empréstimo porque não tinha margem consignável. Que não quitou o empréstimo.

O ofendido SO CLEUSON COSTA PEREIRA disse ter tomado dois empréstimos do SG ROGER. Um no valor de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e outro no valor de R$ 700,00 (setecentos reais). Em ambos disse ter ficado a seu critério estabelecer os juros e que pesquisou as taxas do cartão de crédito. Disse que pediu o empréstimo porque passava por necessidades financeiras.

Perante o CPJ Mar o ofendido CB RENATO DE SOUZA GOMES disse ter tomado empréstimo do SG ABEL e que teria sido acordado a taxa de juros do cartão de crédito. Também disse ter falado ao SG ABEL que precisava do empréstimo porque passava por dificuldades financeiras.

SD DEYVLLEN SANTOS DA COSTA mencionou ter tomado empréstimo do SG ABEL porque estava na "onça" com o filho doente. Disse que o SG ABEL não estipulou nenhuma cobrança de juros. Disse ter pago R$ 1.000,00 que pegou emprestado, e que o SG ABEL dispensou qualquer acréscimo, fl. 145/CP.

A testemunha DOMINGAS DE OLIVEIRA ALVES disse, perante o CPJ Mar, fl. 68/70, ter tomado um empréstimo ao SG ABEL no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), e que ele cobrou juros de 10%. Disse que não explicou ao SG ABEL os motivos de empréstimo, e que não chegou a quitar a dívida.

Tem-se, pois, devidamente comprovada a prática de empréstimos de dinheiro, pelo menos para a testemunha DOMINGAS houve cobrança de juros, mas para os ofendidos, segundo eles afirmaram, foram eles que estipularam os juros do cartão de crédito.

Todavia não se tem prova nos autos de elementar do tipo penal caracterizada como PREMENTE NECESSIDADE dos mutuários.

O SD FN DEYVLLEN SANTOS DA COSTA afirmou que pediu empréstimo porque seu filho estava doente. Contudo é somente alegação, pois não há qualquer documento médico que comprove tal afirmação.

As demais vítimas falaram em dificuldades financeiras, de forma genérica, sem apresentar qualquer prova acerca do fato. Ninguém apre-

> sentou contrato de aluguel para comprovar que estivesse inadimplente e precisasse de empréstimo para quitar a dívida. Não há nos autos extrato bancário das vítimas comprovado débitos. Não há certidão negativa contra as vítimas expedidas pelo SERASA ou CDL, ou casas bancárias, a indicar que os ofendidos passavam por dificuldades financeiras com dívidas em bancos e suspensão de crédito.
>
> Destarte não há prova de uma circunstância elementar do tipo penal, embora exista comprovação de empréstimo de dinheiro a juros. Ora, se falta prova da circunstância que proporcionou o abuso, impondo às vítimas aceitação deste, então as provas existentes são insuficientes para a condenação, exatamente porquanto somente uma parte do tipo penal foi comprovada.
>
> Não obstante, nota-se inobservância da ética militar que deve ser reparada na esfera administrativa. (...).

Conforme se observa de parte da fundamentação da Sentença acima transcrita, o Conselho Julgador entendeu por bem absolver os Réus por não ter restado comprovada a **premente necessidade** dos Ofendidos, o que, como já salientado, configura elementar do tipo. No entanto, fundou a absolvição na ausência de provas suficientes para a condenação dos Réus, nos termos do art. 439, alínea "e", do CPPM.

Ora, o que restou caracterizado, como demonstra o robusto acervo constante nos autos, é que as elementares do tipo não restaram configuradas, o que ensejaria a absolvição com fulcro na alínea "b" do art. 439 do CPPM, não na alínea "e", como consignado na Sentença. Contudo, tratando-se de Recurso exclusivo do Ministério Público Militar, entendo que a Sentença deve ser mantida também neste ponto.

Diante de todo o exposto, entendo que a absolvição dos Apelados é medida que se impõe, não pelo fundamento exarado pelo Juízo *a quo,* mas sim pela ausência das elementares do tipo, quais sejam, "**obter**" ou "**estipular**", o que conduz à atipicidade da conduta.

No entanto, deve-se ressaltar que, embora as condutas analisadas não constituam um ilícito penal, elas podem configurar eventual transgressão disciplinar, apuração que compete à autoridade militar.

Por todo o exposto, votei pelo conhecimento e não provimento do Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar para manter a Sentença *a quo*, que absolveu os Réus RAIMUNDO NONATO FERREIRA RIBEIRO, 1º SG Mar (do crime previsto no art. 267, "caput" e § 2º, do CPM), ABEL JUNIOR LOBATO RODRIGUES, 2º SG Mar (da imputação do art. 267, "caput" e § 2º, por duas vezes, c/c o art. 80, ambos do CPM, c/c o art. 71 do CP), e ROGER DE ABREU ELIAS, 2º SG Mar (do crime previsto no art. 267, "caput", do CPM), por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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, 13 de junho de 2017.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro-Revisor

_____

APELAÇÃO Nº 31-57.2015.7.01.0201-RJ

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante: O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Diogo César de Souza, 3º Sgt Ex, denunciado como incurso no art. 209, § 2º, c/c os arts. 269, *caput*, e 79, todos do CPM.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 7/11/2016.

Advogados: Drs. Fernanda Fagundes Barreto e Mario Jorge Rocha de Souza.

EMENTA

APELAÇÃO. CRIME DE LESÃO CORPORAL. CAUSA SUPERVENIENTE ABSOLUTAMENTE INDEPENDENTE. NOVO PROCESSO CAUSAL. ABSOLVIÇÃO.

Como é cediço, vigora não só na órbita penal militar, como também na comum, a denominada "**teoria da equivalência das condições**" ou *conditio sine qua non*, a qual, em suma e nas palavras do sempre lembrado professor Heleno Cláudio Fragoso, preconiza a "**equivalência de todos os antecedentes indispensáveis ao surgimento do resultado concreto**" (*in Lições do Direito Penal* – A Nova Parte Geral, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 168).

No caso *sub examine*, como bem assentou a **Sentença** hostilizada, não é cabível tomar-se o mau agir do **Acusado** como causa do resultado, ou seja, da detonação da espoleta e dos ferimentos suportados pela **Vítima**. Assim é porque, a obstaculizar a relação entre um e outro, há uma causa superveniente independente, qual seja, o agir desautorizado, abusivo e imprudente da própria **Vítima**, sem o qual o resultado de nenhum modo teria se materializado.

A causa superveniente relativamente independente há que se situar na linha de desdobramento físico da conduta anterior. *In casu*, como se viu e como bem sinalizou a **Defesa**, a conduta do **Acusado**, por si só, não conduziria a resultado material algum, nada significaria como fato da vida de interesse penal. Nesse passo, portanto, o agir – **repita-se: desautorizado, abusivo e imprudente da Vítima** – constitui causa superveniente absolutamente independente da conduta do **Acusado**, a inaugurar, destarte, um novo processo causal; e, por aí, a questão é resolvida exclusivamente nos termos do *caput* do art. 29 do CPM.

Não provimento do **Apelo** do **MPM**.

Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, mantendo, destarte, a Sentença hostilizada. Os Ministros William de Oliveira Barros, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Odilson Sampaio Benzi e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema.

Presidência do Ministro José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 39ª Sessão, 20/6/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de ***Apelação*** interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, tendo como alvo a ***Sentença*** do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1º CJM, de 7/11/2016, que absolveu o 3º Sgt Ex DIOGO CÉSAR DE SOUZA, o qual foi denunciado por incursão no art. 209, § 2º, c/c os arts. 269, *caput*, e 79, todos do Código Penal Militar.

Narra a ***Denúncia*** de fls. 2 a 4, *in verbis*:

> O Ministério Público Militar, no uso de suas atribuições constitucionais e nos termos dos arts. 29 e 30 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), vem oferecer denúncia, em face da conduta de:
>
> **DIOGO CÉSAR DE SOUZA,** brasileiro, casado, 3º Sargento do Exército, Identidade Militar nº 040192675-3, filho de José Orange de Souza e de Ivani Souza da Costa, servindo no 36º Pelotão de Polícia do Exército Pára-Quedista (36. Pel PE Pqdt), Rio de Janeiro/RJ,
>
> Incursionando-o no art. 209 § 2º c/c o art. 269, *caput*, na forma do art. 79, tudo do Código Penal Militar (CPM), pela prática do seguinte fato delituoso:
>
> Segundo restou apurado nos autos do Inquérito Policial Militar (IPM) em referência, em data não informada, o denunciado, que, à época dos fatos, era auxiliar na Fiscalização Administrativa do 36º Pelotão PE Pqdt, sendo o responsável pela munição, realizava uma conferência na sala onde ficam armazenadas as munições do Serviço do Pelotão, quando encontrou a Espoleta de Ogiva de Tempo (EOT) modelo M9 Al, lote CEV96C 001-001, produzido pela Companhia de Explosivos Valparaíba (CEV), dentro de um cunhete com estojos vazios. Embora tenha afirmado conhecer tal tipo de explosivo, considerado "alto explosivo" - fls. 197 -

> por ter tido instrução sobre manuseio de explosivos na Escola de Sargentos das Armas, o denunciado, sem avisar a ninguém, levou a espoleta para a 4ª Seção, deixando-a desguarnecida e ainda carregada numa gaveta destrancada de sua mesa por cerca de cinco meses, segundo suas palavras (fls. 43/45), por esquecimento.
>
> Ocorre que, no dia 24 de novembro de 2014, por volta das 18:40h, após o jantar, o Sd EV Diogo Silva de Alcântara, ora ofendido, que estava de serviço como motorista do Policial de Dia, foi até a mesa do primeiro denunciado procurando um pen drive e, sem autorização, revirou as gavetas. Ao se deparar com a espoleta, o ofendido, curioso, resolveu manuseá-la, momento em que a deixou cair no chão. Ao se abaixar para pegá-la, o ofendido ouviu um estalo e, a seguir, ocorreu a explosão conforme está detalhado no laudo pericial do local da explosão de fls. 178/205, causando-lhe as lesões descritas no exame de corpo de delito de fls. 97/105.
>
> Agindo assim, infere-se que o denunciado, de forma livre e consciente, mediante a ação de guardar, sem avisar a ninguém, material explosivo carregado em local impróprio, uma simples gaveta destrancada, em local sujeito à administração militar, deu causa à explosão na 4ª Seção que expôs a perigo um número indeterminado de pessoas e o patrimônio sob administração militar, além de vitimar, especificamente, com lesões graves, seu colega de farda, o Sd EV Diogo Silva de Alcântara.

A ***Exordial*** encontra-se arrimada no ***Inquérito Policial Militar*** e nos resultados das diligências que o complementam, tudo conforme os apensos 1 e 2.

A ***Acusatória*** foi recebida em 17/12/2015, às fls. 6 e 7.

O ***Acusado*** foi qualificado e interrogado às fls. 15 e 16.

O ***Ofendido***, Sd DIOGO SILVA DE ALCÂNTARA, foi ouvido às fls. 17 e 18.

As ***Testemunhas*** do *Parquet* foram inquiridas: 3º Sgt MAYCON DE ASSIS DUTRA, às fls. 19 e 20; Sd MATHEUS MOURA DE OLIVEIRA SILVA, à fl. 21; e Cb MARLON CRUZ OLIVEIRA, à fl. 22.

As ***Testemunhas*** da ***Defesa*** foram ouvidas: Cap ALFRED MARQUES DE ALMEIDA, às fls. 33 e 34; Cap MARCUS VINICIUS LIMA SANTOS, à fl. 35; 2º Sgt ESTEVÃO FREIRE DE ANDRADE, à fl. 36; e 2º Sgt MARLUS ROBERTO DE AZEVEDO BAPTISTA, à fl. 37.

O ***Acusado*** foi reinterrogado às fls. 38 e 39 (***Ata*** às fls. 40 e 41).

No prazo do artigo 427 do CPPM, o ***MPM*** e a ***Defesa*** nada requereram (fls. 427 e 428).

O *Parquet* e a ***Defesa*** apresentaram as suas ***Alegações Escritas***, respectivamente, às fls. 45 a 50 e 52 a 70.

A ***Sentença*** encontra-se às fls. 85 a 96, tendo sido prolatada por unanimidade de votos.

Em 16/11/2016, a ***Sentença*** foi lida, assinada e publicada, em conformidade com a ***Ata*** de fls. 97 e 98.

O ***Apelo*** do ***MPM*** está à fl. 100.

Em suas ***Razões*** de fls. 106 a 116, o ***MPM***, após oferecer uma síntese do ***Processo***, sustenta que, ao revés do que ditou a ***Sentença***, o ***Acusado*** "***atuou com dolo eventual***", na medida em que, ao guardar o material explosivo em lugar impróprio, assumiu o risco de produzir um resultado danoso a pessoas e ao patrimônio militar. Assevera, ainda nesse fio, que o ***Acusado***, assim agindo, trouxe para si a responsabilidade de impedir o resultado danoso. Salienta, ainda no vértice, que o ***Acusado*** é um graduado e, por isso, bem conhecia o risco de guardar o material explosivo do modo como o fez. Pondera que a autoria e a materialidade do delito estão provadas também à saciedade. Pede, por fim, que o ***Apelo*** seja provido, condenando-se o ***Acusado*** como incurso no artigo 209, § 2º, c/c o artigo 269, *caput*, na forma do artigo 79, tudo do CPM.

Em suas ***Contrarrazões*** de fls. 118 a 135, a ***Defesa,*** após se reportar às provas testemunhal e documental, argumenta que o responsável pelo fato foi o próprio ***Ofendido***, visto que, sem autorização, adentrou o recinto da 4ª Seção e, igualmente de forma desautorizada e abusiva, abriu a gaveta da mesa do ***Acusado*** na qual o artefato se encontrava guardado, passando a manuseá-lo sem os cuidados devidos. Pondera que, não fosse esse agir do ***Ofendido***, a circunstância de a espoleta estar guardada na gaveta do ***Acusado*** não causaria dano algum ao patrimônio e ao ***Ofendido***. Ainda nessa toada, traz a lume fragmentos da ***Sentença***, nos quais o Conselho reconheceu a ausência de dolo no agir do ***Acusado*** e a inexistência de nexo de causalidade desse agir em relação ao resultado danoso. Pede, afinal, que seja mantida a absolvição do ***Acusado*** e, alternativamente, que seja o delito desqualificado para o artigo 210 do CPM e, na sequência, para infração disciplinar.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em ***Parecer*** de fls. 142 a 146, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza, manifesta-se pelo provimento do ***Apelo***.

É o Relatório.

VOTO

Não há sequer que se questionar o caráter absolutamente temerário e até mesmo irresponsável do agir do ***Acusado*** no caso *sub examine*.

De fato, salta aos olhos que o ***Acusado*** não deveria ter conduzido para a sua Seção nem guardado em sua gaveta a malsinada espoleta de granada.

Nesse passo, ***apesar das suas frágeis alegações de que assim procedeu para evitar que a espoleta viesse a ser encontrada acidentalmente por um militar não habilitado para manuseá-la***, não há dúvida de que o ***Acusado*** poderia e deveria ter-se conduzido de forma diversa, qual seja, à evidência, a

de, imediatamente, dar conhecimento do achado ao seu Oficial Comandante, para que, então, fossem adotadas formalmente as providências regulamentares e tecnicamente cabíveis.

Contudo, andou bem o Conselho ao não responsabilizar penalmente o ***Acusado*** pela detonação da espoleta e pelas consequentes lesões que vitimaram o Sd DIOGO.

Como é cediço, vigora não só na órbita penal militar, como também na comum, a denominada "***teoria da equivalência das condições***" ou *conditio sine qua non*, a qual, em suma e nas palavras do sempre lembrado professor Heleno Cláudio Fragoso, preconiza a "***equivalência de todos os antecedentes indispensáveis ao surgimento do resultado concreto***" (*in Lições do Direito Penal* – A Nova Parte Geral, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 168).

Em particular no Código Penal Militar, essa teoria foi corporificada no art. 29, *caput*, sob a rubrica "***Relação de causalidade***", como segue:

> 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.

Os primeiros limites para o alcance dessa teoria foram ditados nos parágrafos 1º e 2º do próprio art. 29 do CPM, à sombra, respectivamente, das denominações "***Superveniência de causa independente***" e "***Relevância da omissão***", nos seguintes termos:

> § 1º 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.
>
> § 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Outros parâmetros para o mesmo fim foram traçados na própria dogmática penal, certamente atenta à possibilidade de tal teoria gerar cadeias causais com raízes no infinito passado.

Damásio Evangelista de Jesus, reportando-se a semelhantes preceitos do Código Penal, leciona:

> A crítica mais severa que se faz à teoria da *conditio sine qua non* é a que diz respeito à sua extensão. Seria causa do homicídio a fabricação da própria arma usada pelo agente. [...] É evidente que, determinando o art. 13 que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, a relação de causalidade só tem aplicação aos tipos de crimes que exigem a produção do resultado. Diante disso, ficam excluídos os crimes de mera conduta e os formais, uma vez que

> nos primeiros o tipo só descreve o comportamento e nos segundos, não exige a produção do resultado. Por outro lado, de observar os crimes de forma vinculada. **Se o tipo descreve a conduta de forma toda particular, causa do evento é a própria conduta do sujeito, não havendo necessidade de procurar os seus antecedentes, que são atípicos**. (*in Direito Penal*, Parte Geral, 31. ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2010, pp. 290 e 291). (Sem grifos no original).

Paulo José da Costa Junior, ainda no vértice, observa com propriedade, *in verbis*:

> **O Código vigente acolheu, como limite, a teoria da equivalência causal. Mas, a fim de que a condição possa ser considerada causa, exige um *quid pluris* (algo a mais): a adequação da condição. Em resumo: condição (positiva) + adequação = causa (positiva). Logo, causa é condição adequada, vale dizer, idônea, possível, não excepcional**. Se se pretendesse dar uma rotulagem à teoria abraçada pelo Código, poder-se-ia dizer: condicionalidade adequada. No clássico exemplo do hospital que se incendeia, onde vem a perecer o paciente ferido lá internado, a conduta anterior (lesões sofridas) constitui condição do evento. Tal condição, entretanto, não chega a transformar-se em causa porque, mercê de uma valoração póstuma, se conclui que a conduta não era idônea a produzir o resultado final. (*in Direito Penal Objetivo*, 4. ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006, pp. 26 e 27). (Sem grifos no original).

Álvaro Mayrink da Costa arremata o ponto nos seguintes termos:

> A questão da superveniência causal é tratada no Código Penal brasileiro: (A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou), de forma a desnaturar a teoria da *conditio* adotada. Diante desse dispositivo deve-se distinguir entre causas (condutas, condições ou circunstâncias) que podem ser relativa e absolutamente independentes em relação à conduta do autor. As causas absolutamente independentes ficam fora do processo causal onde se situa a conduta do autor. Não tem qualquer relação com a conduta. **Já as causas relativamente independentes, embora incidam no processo causal, produzem o resultado sem depender da interferência do autor no momento da realização do resultado (não se constitui em uma decorrência natural e esperada). Em ambas as situações o autor só responde pelos atos anteriormente praticados**. (*in Direito Penal*, Parte Geral, 8. ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 842). (Sem grifos no original).

No caso *sub examine*, como bem assentou a ***Sentença*** hostilizada, não é cabível tomar-se o mau agir do ***Acusado*** como causa do resultado, ou seja, da detonação da espoleta e dos ferimentos suportados pelo Sd DIOGO. Assim é porque, a obstaculizar a relação entre um e outro, há uma causa superveniente independente, qual seja, o agir desautorizado, abusivo e imprudente do

próprio Sd DIOGO, sem o qual o resultado de nenhum modo teria se materializado.

Portanto, no vértice, precisa foi a ***Sentença*** ao ditar o que segue, *ipsis litteris*:

> O acusado DIOGO encontrou um explosivo (espoleta) no setor de munição do quartel, o qual não possuiu este tipo de armamento letal. Preocupado com a possibilidade de acidente, já que pelo local transitam diversas pessoas e, em razão da unidade militar não possuir paiol, levou o dispositivo para sua gaveta, local onde somente ele deveria ter acesso. Acreditava que, com esta atitude, estaria evitando um mal maior. Nesta gaveta o dispositivo ficou por cinco meses sem que nada ocorresse, comprovando que sua ação inicial de lá colocá-lo não estava, de todo, equivocada. Como o explosivo não é de fácil acionamento (como restou atestado pelos peritos), o desdobramento normal da ação inicial de colocar o artefato na gaveta seria o de lá permanecer até que o acusado lhe desse o destino correto.
>
> Já o ofendido DIOGO adentrou na 4ª seção, local onde não tinha autorização para estar, mexeu nas gavetas de outras pessoas sem o devido consentimento destas e nas coisas que não lhe pertenciam; pegou um objeto (espoleta) que não lhe pertencia e que deveria saber como manusear (já que teve treinamento para isso); retirou o grampo da espoleta (conforme atestado pelos peritos e pelas testemunhas), o que ficou claro que não era uma operação simples; foi descuidado e deixou o artefato cair no chão e numa atitude inconsequente, ao invés de se afastar, tentou pegá-lo com a mão esquerda, vindo a causar a explosão e se ferir. Claramente, sem seu agir o resultado não ocorreria e lhe era previsível que sua atitude acabaria por ocasionar o evento lesivo.
>
> Restou comprovado que foi a atitude do ofendido DIOGO a responsável pelo trágico evento, sendo causa superveniente relativamente independente da conduta inicial do Acusado Diogo, tendo aquela, por si só, produzido o resultado lesivo. Nos termos do § 1º do Art. 29 do CPM, não é possível imputar os crimes ao acusado, devendo este responder pelas atitudes anteriores ao agir do ofendido, já que o fato de guardar o explosivo na gaveta sem avisar a seus superiores não se mostrou a melhor escolha, podendo ser analisado no campo residual disciplinar.

Contudo, ainda que não atinente à sua essência, a ***Sentença*** hostilizada merece ser reparada no tocante a ter adjetivado o agir do Sd DIOGO como causa superveniente relativamente independente e não como absolutamente independente, como de fato o é.

Como é cediço, a causa superveniente relativamente independente há que se situar na linha de desdobramento físico da conduta anterior. *In casu*, como se viu e como bem sinalizou a ***Defesa***, a conduta do ***Acusado***, por si só, não conduziria a resultado material algum, nada significaria como fato da vida

de interesse penal. Nesse passo, portanto, o agir – ***repita-se: desautorizado, abusivo e imprudente do Sd DIOGO*** – constitui causa superveniente absolutamente independente da conduta do ***Acusado***, a inaugurar, destarte, um novo processo causal; e, por aí, a questão é resolvida exclusivamente nos termos do *caput* do art. 29 do CPM.

Enfatize-se que a conduta do ***Acusado*** de nenhum modo pode ser justificada.

Contudo, ***na esfera estritamente penal***, remarque-se que não é cabível tomar tal conduta do ***Acusado*** como causa do resultado ocorrido no caso concreto, sob pena de, assim o fazendo, incidir-se na sua responsabilização objetiva, que, como sabem todos, não desfruta de nenhum prestígio, seja na lei penal formalmente codificada no Brasil, seja no direito pretoriano pátrio.

É o quanto basta.

Posto isso.

Nego provimento ao ***Apelo*** do ***MPM***, mantendo, destarte, a ***Sentença*** hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar, mantendo, destarte, a Sentença hostilizada.

Brasília, 20 de junho de 2017 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 44-47.2015.7.01.0301-RJ

Relator: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Apelante: O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Leandro de Lima, civil, revel, do crime previsto no art. 299 do CPM.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 14/7/2016.

Advogado: Dr. Ricardo de Oliveira Mantuano, Defensor Dativo.

EMENTA

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. CIRCUNSTÂNCIA NÃO SUFICIENTE PARA ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DE DESACATAR. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. A embriaguez, se não retira, tem influência preponderante na análise do dolo do agente em crimes em que se faz necessária a verificação do especial fim de agir para a tipicidade, como no caso do desacato, no qual se deve constatar a intenção de menoscabar e menosprezar a autoridade militar.

2. A ausência de qualquer versão do próprio réu, a absolvição sumária do corréu e a comprovada embriaguez são circunstâncias suficientes para infringir dúvidas acerca da configuração do crime de desacato pelo Apelado.

Apelo desprovido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo ministerial, para manter incólume o decreto absolutório de primeiro grau.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Jaime de Cássio Miranda. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho. (Extrato da Ata da 1ª Sessão, 1º/2/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar em face da Sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 14/7/2016, no tocante à absolvição de LEANDRO DE LIMA, civil, revel, do crime previsto no art. 299 do CPM.

2. Segundo a Denúncia, recebida em 27/2/2015, fl. 95, no dia 23/2/2015, por volta das 3h40, na Baixa do Sapateiro no Complexo da Maré, uma patrulha de militares integrantes da operação São Francisco foi surpreendida por uma motocicleta com duas pessoas trafegando na calçada em alta velocidade para o local, em direção à guarnição, razão pela qual o Sargento SAMUEL ordenou que parassem. Ao serem abordados, foi dada ordem para que se dirigissem à grade para serem revistados quando o denunciado ROBSON EMANUEL SILVA se negou a fazê-lo. Nesse momento, surgiu o segundo denunciado LEANDRO DE LIMA, ora Apelado, o qual começou a questionar a autoridade dos militares, afirmando que civis não deveriam se sujeitar às ordens de militares. Apresentando sinais de embriaguez, recusou-se a se submeter à revista, e avançou contra os militares, sendo contido com *spray* de pimenta, razão pela qual foram denunciados nos crimes do art. 299 e 301 do CPM (fls. 1-A/1-B).

3. Em 22/2/2016, atendendo ao pleito das partes, o Conselho Permanente de Justiça, sem divergência de votos, decidiu pela aplicação da suspensão condicional do processo e do prazo prescricional, pelo prazo de dois anos, em relação ao corréu ROBSON EMANUEL DA SILVA, com fundamento no artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

4. O Apelado LEANDRO DE LIMA, citado, pessoalmente, em 28/2/2015, deixou de comparecer aos atos processuais, não sendo mais localizado, razão pela qual foi decretada sua revelia em 25/4/2016 (fls. 166/167).

5. Reunido o Conselho em 3/5/2016, decidiu, por unanimidade, desmembrar o feito em relação ao corréu ROBSON EMANUEL DA SILVA, com fundamento no art. 106, letra "c", do CPPM.

6. Em julgamento realizado em 14/7/2016, o Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, por maioria de votos (4x1), entendeu que o crime do artigo 299 do CPM absorve o crime do artigo 301 do mesmo Código, e que, mesmo comprovadas as expressões injuriosas, o estado de embriaguez não confirma o dolo de desprestigiar, desrespeitar ou ofender os agentes públicos militares, absolvendo o Civil LEANDRO DE LIMA com fundamento no artigo 439, alínea "e", do CPPM (fls. 195/200).

7. A Sentença foi publicada na mesma data e, do inteiro teor, o Ministério Público Militar foi intimado em 15/7/2016 (sexta-feira), interpondo recurso de apelação, tempestivamente, em 22/7/2016 (fl. 204).

8. Em razões de apelo, o Ministério Público Militar concordou com a absorção do crime de desobediência pelo de desacato a militar, todavia discordou da absolvição, ao argumento de que a embriaguez somente excluiria o dolo no atuar do réu, caso tivesse provas de que decorreu de caso fortuito ou força maior (fls. 207/210).

9. Em contrarrazões, a Defesa destacou que há sempre a exigência de se proceder ao exame referente à presença de justa causa, evitando-se sentenças de lides temerárias, requerendo a manutenção da absolvição (fls. 214/215).

10. Dada vista à douta PGJM, esta se manifestou na pessoa do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ROBERTO COUTINHO, o qual opinou pelo não provimento do apelo ministerial e manutenção da Sentença absolutória (fls. 228/234).

É o Relatório.

VOTO

O recurso do Ministério Público Militar foi interposto tempestivamente, e, estando presentes os pressupostos de admissibilidade, deve o apelo ser conhecido.

2. Alega o Apelante que o fundamento pelo qual o Civil LEANDRO DE LIMA foi absolvido não deve prosperar, na medida em que a embriaguez constatada nos autos não decorreu de caso fortuito ou força maior, razão pela qual não se pode retirar o dolo da conduta.

3. A embriaguez do apelado é, ao meu sentir, inconteste. Além de todas as testemunhas terem confirmado o estado de embriaguez em que ele se encontrava, o próprio médico que o atendeu ao proceder o exame de higidez física atesta que o preso apresentava sinais de embriaguez, exalando cheiro forte de álcool (fl. 23).

4. Cuida-se de crime de desacato a militar, o qual tem como integrante do tipo o especial fim de agir, consistente no dolo de desprestigiar, desrespeitar ou ofender os agentes públicos militares.

5. No caso, estamos a falar de uma abordagem enérgica realizada pela patrulha do Exército, em plena madrugada, contra civis que estavam inegavelmente embriagados e que apresentaram alguma resistência à chegada dos militares, não se submetendo de plano à revista e proferindo palavras injuriosas contra os agentes, os quais agiram com a força necessária e *spray* de pimenta, contendo e prendendo o civil.

6. Penso que a embriaguez, se não retira, tem influência preponderante na análise do dolo do agente em crimes desta natureza, no qual há que se verificar a intenção de menoscabar e menosprezar a autoridade militar.

7. O Apelado foi considerado revel e não foi ouvido nem em juízo nem no momento do flagrante, restando *in albis* a versão do réu acerca dos fatos aqui em julgamento.

8. Dessa forma, permanecem dúvidas consideráveis acerca da intenção do acusado, que estava sob a influência de álcool, quando agiu, segundo a Denúncia, falando aos militares que os civis "não deveriam se sujeitar às ordens dos militares", indo para cima de um Sargento e recusando-se a se submeter à revista na grade, sendo contido e preso em seguida.

9. No caso, o particular, visivelmente alcoolizado, pode ter interpretado que a ação dos militares era abusiva e, como se sabe, nos casos em que o agente público dá causa ao ultraje, de modo que este se apresente como repulsa justificada a ato injusto e ilegal do Estado, não se caracteriza o desacato. (TACrim-SP, AC., rel. Juiz Gonzaga Franceschini, RDJ 14/64).

10. Além desse aspecto, não se pode olvidar que a abordagem policial contra particulares em estado de embriaguez que se exaltam ou se insurgem contra a revista é situação, infelizmente, cotidiana no trabalho do policiamento ostensivo e, salvo em casos em que a resistência é desproporcional e alcança maior magnitude, colocando em risco a operação ou terceiros, pode ser considerada uma contingência da própria atividade policial.

11. Evidentemente, não se trata de dar salvo-conduto à desobediência ou desacato contra militares que exercem o policiamento ostensivo abarcada pelas ações em Garantia da Lei e da Ordem – GLO, mas de submeter ao *ius puniendi* do Estado somente aquelas condutas que ultrapassem a resistência natural da população ante uma atividade desta natureza.

12. No caso, o Apelado não possuía qualquer antecedente criminal e sequer estava sendo revistado, insurgindo-se, alcoolizado, contra os militares e sendo prontamente dominado pela guarnição, sem apresentar maiores resistências.

13. De outro lado, o corréu ROBSON EMANUEL SILVA, que teria tido uma conduta de maior reprovabilidade, foi beneficiado com a suspensão condicional do processo, instituto alienígena à Justiça Militar, mas que foi pleiteado pelo próprio órgão acusatório, que agora se insurge contra o Civil LEANDRO DE LIMA.

14. Portanto, além de restar dúvidas acerca do dolo do Apelado, em face da inexistência de sua versão nos autos, penso que a condenação do Civil, no caso, seria teratológica se comparada à absolvição do corréu, que atuou com maior oposição a ação da patrulha.

15. Vale citar, também, os bem lançados argumentos do nobre Parecerista, Dr. ROBERTO COUTINHO, quando assim concluiu (fls. 231/232):

> Em face da revelia, o apelado não se defendeu, não tendo como sabermos de que modo ocorreu a embriaguez, se voluntária, culposa, caso fortuito ou força maior.
>
> Em que pesem os firmes argumentos do MPM oficiante em 1º grau, a legislação brasileira já admite o reconhecimento do estado de embriaguez apenas por prova testemunhal, inclusive nos delitos de trânsito, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, ratificando a Decisão desse E. STM, reconheceu como legítima a prova testemunhal para confirmação da embriaguez.
>
> (*omissis*)

Por outro lado, temos firmado o entendimento de que nem mesmo a teoria da *actio libera in causa* pode levar à incriminação, a título de dolo, pela responsabilidade objetiva.

Ou seja, ainda que a embriaguez seja voluntária, se não for preordenada, haverá responsabilidade objetiva na incriminação da conduta como dolosa. Assim, haveria necessidade de que o Apelado tivesse se embriagado visando o cometimento do Desacato, ou, pelo menos, aceitando especificamente este resultado. É o que se extrai do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> HC 107801/SP – SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator: CÁRMEN LÚCIA Relator p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX Julgamento: 06/09/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011 RTJ VOL-00226-01 PP-00573 RJTJRS v. 47, n. 283, 2012, p. 29-44.
>
> Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influindo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do *due process of law*, é reformável pela via do habeas corpus.
>
> 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual.
>
> 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.
>
> 4. *In casu*, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte.
>
> 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que "O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º Se a embriaguez foi intencio-

> nalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato". (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 243).
>
> 6. A revaloração jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990.
>
> 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela *lex mitior*, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime *sub judice* e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB).
>
> 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.

16. Dessa forma, não há outra conclusão senão a de que a ausência de qualquer versão do próprio réu, a absolvição sumária do corréu – o qual teve papel proeminente nos fatos narrados na inicial – e a comprovada embriaguez são circunstâncias que me parecem suficientes para infringir dúvidas acerca da configuração do crime de desacato pelo Apelado.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo ministerial, para manter incólume o decreto absolutório de primeiro grau.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo ministerial, para manter incólume o decreto absolutório de primeiro grau.

Brasília, 1º de fevereiro de 2017 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 44-66.2013.7.10.0010-CE

Relator: Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

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

Apelante: Maria Carmem Lima Falcão, Civil, condenada à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, de 28/7/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO MILITAR. ÓBITO DO INSTITUIDOR. SAQUE INDEVIDO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. RÉU CIVIL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DÚVIDA ACERCA DO PREJUÍZO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NÃO ACOLHIMENTO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE.

Consoante a dicção do art. 124 da Constituição Federal, compete à Justiça Militar da União o processamento e o julgamento dos crimes militares definidos pelo Código Penal Militar, cabendo à legislação ordinária estabelecer a sua organização, o seu funcionamento e a sua competência.

Consumada a prática delituosa descrita no artigo 251, *caput*, do Código Penal Militar, caracterizada pelo saque indevido de benefício de pensão militar, restam afetados bens e serviços das instituições militares, atraindo, por via de consequência, a competência da Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento do feito, ainda que o fato tenha sido perpetrado por réu civil, nos termos da alínea "a" do inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar.

Preliminar rejeitada. Unanimidade.

Mérito.

O silêncio malicioso quanto à morte da pensionista configura o meio fraudulento apto a caracterizar o delito de estelionato previdenciário.

Não faz jus à pensão temporária o beneficiário que, à época do falecimento do instituidor da pensão, exerce cargo público permanente.

> A atenuante da confissão espontânea disposta no artigo 72, inciso III, alínea "d", do Código Penal Militar, incide somente quando evidenciada a contribuição efetiva do agente para o esclarecimento do fato criminoso.
>
> Comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade, impõe-se a condenação do agente.
>
> Negado provimento ao Apelo. Unanimidade.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, de nulidade, por incompetência da Justiça Militar da União. **No mérito**, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) fará declaração de voto. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho, e o Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 22ª Sessão, 18/4/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 10ª CJM, de 28 de julho de 2016 (fls. 349/365), que condenou, por unanimidade, a Civil MARIA CARMEM LIMA FALCÃO à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incursa no art. 251 do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 24 de janeiro de 2014, nos seguintes termos (fls. 2/4):

> (...) O presente IPM foi instaurado pela Portaria nº 004 – 2ª Seção (fls. 04), do Chefe da 26ª Circunscrição de Serviço Militar (26ª CSM – Teresina/PI), com o intuito de apurar supostas irregularidades referentes à pensão da Sra. Dalila Rosa de Lima Falcão, mãe da denunciada.

> A Sra. Dalila Rosa de Lima Falcão, pensionista do ex-servidor civil Sr. Mariano Pereira Falcão (falecido em 1985), constituiu, a partir do ano de 1993, sua filha Maria Carmem de Lima Falcão como procuradora para lhe representar perante o Exército Brasileiro.
>
> Ocorre que, em 26 de outubro de 1995, deu-se o falecimento da Sra. Dalila Rosa de Lima Falcão (certidão de fl. 08), data em que se deveria, a partir de então, cessar o pagamento da respectiva pensão, na medida em que sua filha, a ora denunciada, era servidora pública ativa da Secretaria de Educação do Estado do Piauí (fl. 128).
>
> Não obstante isso, a denunciada, que deveria comunicar ao Exército o falecimento da pensionista (compromisso às fls. 73 e 84), não só omitiu o óbito de sua mãe, como se valeu do concurso de terceira pessoa, **Sra. Inocência Pontilia Moura de Almeida**, a qual, munida de documento de identidade contendo sua foto mas os dados pessoais da falecida Sra. Dalila (fls. 70, 106/107), fazia se passar pela pensionista quando da apresentação anual (fls. 06/07), além de outorgar à denunciada procurações públicas para que fosse representada perante a 26ª CSM (fls. 68, 71, 72, 77/82).
>
> E assim a denunciada manteve em erro a administração militar durante, aproximadamente, **17 anos e 9 meses**, quando, em 08 de maio de 2013, a Sra. Inocência veio a falecer (cópia de certidão de óbito à fl. 26), causando ao erário um prejuízo de cerca de **R$ 246.375,78 (duzentos e quarenta e seis mil trezentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos)**, conforme laudo contábil anexo às fls. 361/364.
>
> Note-se que, consoante fls. 09/10 e 153, o crédito dos benefícios ocorreu diretamente na conta-corrente de titularidade da própria denunciada, a qual, ato contínuo, efetuava o saque dos valores, obtendo a indevida vantagem econômica, consoante extratos obtidos mediante regular quebra de sigilo bancário (fls. 171/329).
>
> Desta forma, com sua conduta, a denunciada manteve em erro a administração militar para obter vantagem econômica ilícita, incorrendo no delito previsto no **artigo 251, *caput*, do CPM, na forma do art. 9º, inciso III, alínea "a", do mesmo CPM** (...) (Grifos no original).

Em 11 de julho de 2014, o MPM requereu o reconhecimento da "(...) causa extintiva da punibilidade de que trata o art. 123, inciso I, do Código Penal Militar (morte do agente) (...)" (fl. 86), bem como o arquivamento do IPM nº 44-66.2013.7.10.0010, em relação à Civil Inocência Pontilia Moura de Almeida, em virtude de seu falecimento em 8 de maio de 2013 (fl. 26 do Apenso 1). O pedido foi deferido pelo Juízo *a quo* (fl. 92).

Em 15 de julho de 2014, o *Parquet* das Armas apresentou Aditamento à Denúncia (fls. 87/88) nos seguintes termos:

> (...) O MINISTÉRIO PUBLICO MILITAR, por meio do representante ora signatário, vem, respeitosamente, com fulcro no art. 77 do Código de Processo Penal Militar, manifestar e requerer o que se segue.
>
> Considerando que, a despeito de recebida a denúncia ofertada nos presentes autos em fevereiro de 2014, ainda não se logrou êxito em citar a denunciada para responder a esta ação penal, este órgão ministerial houve por bem oferecer o seguinte aditamento à exordial acusatória, de modo que passe a constar do respectivo pedido:
>
> > Desta forma, com sua conduta, a denunciada manteve em erro a administração militar para obter vantagem econômica ilícita, incorrendo no delito previsto no artigo 251, *caput*, c/c art. 80 do CPM (mediante aplicação analógica *in bonam partem* do art. 71 do CPB), na forma do art. 9º, inciso III, alínea "a", do mesmo CPM.
> >
> > Ante o exposto, o Ministério Público Militar requer seja recebida e autuada a presente denúncia, citando-se a Sra. Maria Carmem Lima Falcão, para que se veja processar e julgar pelo Conselho Permanente de Justiça, prosseguindo-se nos demais trâmites do processo, até final julgamento e condenação, tudo na forma da lei (...).

O Juiz-Auditor Substituto da 10ª CJM, em 30 de julho de 2014, rejeitou o aditamento à Denúncia formulado pelo *Parquet* Castrense (fl. 91), aduzindo, para tanto, que:

> (...) o estelionato praticado sob a forma de recebimento fraudulento e sucessivo de benefício pecuniário não configura continuidade delitiva, posto tratar-se de crime permanente e, como tal, para efeito de apenação, considera-se a existência de um único crime.
>
> Além disso, a civil (a Ré) só comete o crime de estelionato, previsto, desse modo, no CPM, se o pratica contra o patrimônio gerido pela Administração Militar, não se aplicando (a ela) a agravante do § 3º do artigo 251 do diploma penal militar, ínsita que está na atração da competência (...).

Foram acostados aos autos os seguintes documentos:

1) Decisão do Juiz-Auditor deferindo o pedido formulado pelo Ministério Público Militar e determinando a quebra do sigilo bancário da Acusada (fl. 26);

2) Ofício nº 091/2014/DRF/TSA/SATEC, oriundo da Receita Federal, informando que a Acusada "(...) não apresentou Declaração de IRPF/1995 a 2013 (...)" (fl. 6 do Apenso 3);

3) Documento nº 126-OPIP-6/OPIP/26ª CSM, de 15 de maio de 2013, do Chefe do OPIP para o Chefe da 26ª Circunscrição de Serviço Militar, solicitando (fl. 5 do Apenso 1):

> (...) mandar averiguar o destino da pensionista **DALILA ROSA DE LIMA FALCÃO** (...) tendo em vista a não apresentação da mesma no mês

> de abril de 2013 (...) Tal solicitação visa evitar possíveis prejuízos ao Erário Público, tendo em vista que há indícios de crime militar contra a administração pública, pois a filha e procuradora da pensionista, senhora **MARIA CARMEN** (sic) **LIMA FALCÃO** informou que a mesma encontrava-se na **UTI** de um hospital e que ela não lembrava onde (...).
>
> (...) Informo-vos ainda, estava acompanhado do **SC CARLOS ALBERTO SILVA LOPES**, auxiliar do OPIP, que era conhecedor do endereço residencial do senhor **FRANCISCO**, pois, no ano de 2012, o mesmo esteve na residência do mesmo para receber a apresentação anual da pensionista, tendo em vista que ela estava acamada. Ao chegar na sua residência do senhor **FRANCISCO**, o mesmo informou que não conhecia a Pens Civil **DALILA ROSA DE LIMA FALCÃO**, e que sua mãe chamava-se **INOCÊNCIA PONTILIA MOURA DE ALMEIDA**, que ido a óbito (sic) no dia 8 de maio de 2013, apresentando uma cópia do atestado de óbito, CPF nº 395.093.383-20, identidade nº 245.738-SSP/PI, (com foto parecida com a pensionista **DALILA**). O mesmo ainda informou que não tem nenhum parentesco com a senhora **CARMEN** (sic) e que a mesma utilizava sua mãe para receber a pensão. Retornei a residência da senhora CARMEN (sic) e a mesma me informou que sua mãe realmente tinha falecido, que ela não quis me informar do seu falecimento e que não tinha nenhum documento que comprovasse o fato, e que dona **DALILA** e dona **INOCÊNCIA** eram a mesma pessoa (...) (Grifos no original);

4) Cópia da Ficha de Apresentação da Pensionista Dalila Rosa de Lima Falcão com os registros de apresentação na Organização Militar (fls. 6/7 do Apenso 1);

5) Certidão de Óbito que atestou o falecimento da Pensionista Dalila Rosa de Lima Falcão em 26 de outubro de 1995, consignando como declarante do óbito a filha da pensionista, a Civil Maria Carmem de Lima Falcão (fl. 8 do Apenso 1);

6) Ofício nº 024-OPIP-6/26ªCSM, oriundo da 26ª Circunscrição de Serviço Militar, de 31 de maio de 2013, solicitando ao Banco do Brasil que efetuasse o bloqueio da conta bancária da Pensionista (fl. 9 do Apenso 1), ao que foi respondido pelo Gerente que "(...) a Sra. DALILA ROSA DE LIMA FALCÃO não é cliente desse Banco. A conta informada no seu ofício 71.866-1 (...) pertence a MARIA CARMEN (sic) LIMA FALCÃO (...)" (fl. 10 do Apenso 1);

7) Certidão de Óbito que atestou o falecimento da Civil Inocência Pontilia Moura em 8 de maio de 2013 (fl. 26 do Apenso 1);

8) Cópia da Carteira de Identidade da Civil Inocência Pontilia Moura de Almeida (fl. 27 do Apenso 1);

9) Cópia da Carteira de Identidade da pensionista Dalila Rosa de Lima Falcão, expedida em 7 de fevereiro de 1986 (fl. 66 do Apenso 1);

10) Cópia da Carteira de Identidade da pensionista Dalila Rosa de Lima Falcão, expedida em 25 de outubro de 2002 (fl. 70 do Apenso 1);

11) Procurações assinadas pela pensionista Dalila Rosa de Lima Falcão nas quais nomeia e constitui como procuradora a sua filha, Civil Maria Carmem de Lima Falcão, para representá-la perante o Banco do Brasil para o fim especial de receber seus proventos, sendo que as procurações foram lavradas nas seguintes datas: 25 de outubro de 2002 (fl. 68 do Apenso 1), 29 de setembro de 2003 (fl. 71 do Apenso 1), 1º de abril de 2005 (fl. 72 do Apenso 1), 27 de outubro de 2005 (fl. 77 do Apenso 1), 10 de abril de 2006 (fl. 78 do Apenso 1), 13 de abril de 2007 (fl. 79 do Apenso 1), 5 de novembro de 2007 (fl. 80 do Apenso 1), 16 de abril de 2008 (fl. 81 do Apenso 1), 14 de novembro de 2008 (fl. 82 do Apenso 1);

12) Declarações assinadas pela Acusada em 1º de abril de 2005 (fl. 73 do Apenso 1) e em 25 de abril de 2012 (fl. 84 do Apenso 1) junto à 26ª Circunscrição de Serviço Militar, dando conta de que tem:

> (...) consciência de que o mesmo fará jus aos vencimentos pagos pelo Exército Brasileiro, somente até o seu falecimento, comprometendo-se a não mais efetuar saques após a ocorrência desse fato (...);

13) Ofício nº 038-OPIP-6/26ªCSM, oriundo da 26ª Circunscrição de Serviço Militar, informando que a Acusada "(...) sempre teve seus vencimentos depositados na conta-corrente nº 71.866-1, do Banco do Brasil (...)" (fl. 103 do Apenso 1);

14) Ofício nº 1386-GDG/13, oriundo da Delegacia Geral de Polícia Civil do Estado do Piauí, encaminhando os processos de identificação e seus históricos referentes às identidades expedidas em nome das civis Dalila Rosa de Lima Falcão e Inocência Pontilia Moura de Almeida (fls. 105/107 do Apenso 1);

15) Documento da Secretaria de Administração do Governo do Estado do Piauí, dando conta de que foi concedida aposentadoria por tempo de contribuição à Civil Maria Carmem de Lima Falcão no cargo de oficial administrativo da Secretaria de Educação (fl. 130 do Apenso 1);

16) Documento do Banco do Brasil encaminhando os Extratos bancários da Acusada referentes ao período de 1993 a 1999 e informando que a conta foi aberta em 2 de julho de 1993 e encerrada em 16 de abril de 1999 (fls. 170/329 dos Apensos 1 e 2);

17) Relatório da Sindicância, concluindo que (fls. 338/339 do Apenso 2):

> (...) provada a materialidade de delito, determinadas as circunstâncias em que ocorreu e os meios empregados, materializada com a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, através de uso de documentos alterados, omissão de informações e prestação de informações falsas, isso no âmbito da jurisdição da justiça militar, fora os outros crimes cometidos

> no âmbito da justiça comum, bem como individualizada a autoria na figura da senhora **MARIA CARMEN** (sic) **LIMA FALCÃO**, como autora de todos os crimes acima descritos.
>
> Ressalto que à época do falecimento da senhora **DALILA**, por ser a senhora **CARMEN** (sic) ocupante de cargo público permanente, não fazia jus à pensão temporária. No entanto a partir de sua aposentadoria no dia 1º de janeiro de 2005, a mesma, salvo melhor juízo, passaria a ter direito a referida pensão, caso tivesse requerido (...) (Grifos no original);

18) Informação prestada pelo 1º Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca de Teresina, dando conta de que fora retificado na Certidão de Óbito o nome da falecida Inocência Pontilia Moura para Inocência Pontília Moura de Almeida (fls. 70/71);

19) Laudo Pericial contábil (fls. 131/134), de 2 de agosto de 2013, elaborado por dois peritos da 26ª Circunscrição do Serviço Militar, com a constatação de que:

> (...) o valor do prejuízo causado à administração Militar pela movimentação indevida da conta da pensionista **DALILA ROSA DE LIMA FALCÃO**, após seu falecimento até maio de 2013, foi de **R$ 234.014,15 (duzentos e trinta e quatro mil quatorze reais e quinze centavos)** (...) (Grifos no original);

20) Relatório do IPM, com a seguinte constatação (fl. 143):

> (...) provada a materialidade de delito, determinadas as circunstâncias em que ocorreu e os meios empregados, materializada com a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, através do uso de documentos alterados, omissão de informações e prestação de informações falsas, isso no âmbito da jurisdição da justiça militar, foram os outros crimes cometidos no âmbito da justiça comum, bem como individualizada a autoria na figura da senhora **MARIA CARMEN** (sic) **LIMA FALCÃO**, como autora de todos os crimes (...) (Grifos no original).

A Denúncia foi recebida em 14 de fevereiro de 2014 (fl. 6).

A Acusada foi citada em 13 de dezembro de 2014 (fl. 159), tendo sido qualificada e interrogada por intermédio de Carta Precatória perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Piauí, em 17 de dezembro de 2014, quando declarou (mídia digital, fl. 161):

> (...) **Juiz Federal: estado civil?** Acusada: solteira **Juiz Federal: profissão?** Acusada: funcionária pública **Juiz Federal: profissão? qual era o cargo que ocupava?** Acusada: de professora escolar (...) do Estado (...) **Juiz Federal: dentro da sua casa além da Senhora mora quem mais?** Acusada: (...) Estou morando só. Eu morava com a minha mãe mas quando ela faleceu eu fiquei só (...) **Juiz Federal: a Senhora tem filhos?** Acusada: Não, não. Sou solteira. (...) **Juiz Federal: irmãos quantos?** Acusada: Nenhum. Sou filha única, meu pai e minha mão (sic) só tiveram eu (...) os parentes

quase todos já morreram (...) **Juiz Federal: atualmente (...) essa casa que a senhora reside é própria ou alugada?** Acusada: (...) é alugada (...) eu não tenho condição (...) eu recebo setecentos e trinta e dois ai desconta a casa que eu moro que é quatrocentos reais ai tem só a luz e a água pra pagar ai fico sem nada (...) **Juiz Federal: a Senhora só tem essa fonte de renda?** Acusada: É (...) O certo era mil e duzentos mas ai desconta (...) o sindicado (sic), o plano de saúde (...) **Juiz Federal: a Senhora possui, herdou algum outro bem? casas, apartamentos, algum outro imóvel?** Acusada: Não. **Juiz Federal: a Senhora não tem nenhum patrimônio?** (...) Acusada: Tem o patrimônio do meu pai. Uma casa da mãe dele mas isso ai ainda não foi resolvido nada, porque estava no nome dela e agora tem que passar pro nome do meu pai. **Juiz Federal: e quem é que reside nessa casa?** Acusada: Não reside ninguem (...) essa casa esta só o terreno porque queimou tudo **Juiz Federal: quando foi isto?** Acusada: Foi em 2000 (...) fiquei sem nada (...) **Juiz Federal: era a sua residência?** Acusada: Era. Que eu residia com a minha mãe. Ai minha mãe morreu e eu fiquei lá na casa (...) **Juiz Federal: a Senhora já prestou declarações né como testemunha** (...) **acerca deste fato, temos aqui um depoimento que foi colhido no dia 27 de junho de 2013 na 26º Circunscrição Militar** (...) **mas a Senhora confirma o que disse lá nesse depoimento?** Acusada: (...) Eu não confirmo a maior parte das coisas (...) **Juiz Federal: mas porque a Senhora não confirma?** Acusada: não confirmo porque tem muita coisa ai que esta errada (...) a Senhora que acompanhava minha mãe, muito amiga da minha mãe (...) Dona Inocência, ela acompanhava minha mãe, andava com a minha mãe, minha mãe morreu e ela ficou todo o tempo do lado dela. Não saía de perto dela. Era uma pessoa prestativa (...) agora eu nunca recebi nada dela porque ela era casada como uma pessoa, o marido dela era da Secretaria da Fazenda, ganhava muito bem, muito mais de que eu, não precisava de mim, agora só porque ela fazia companhia, era muito amiga, saía com a minha mãe (...) minha mãe quando morreu no leito de morte ela pediu a ela que ficasse me acompanhando, não me deixasse porque eu estava só (...) e ela me acompanhou o tempo todo (...) ela sempre foi fiel (...) **Juiz Federal: aqui no depoimento, pelo que eu li, em essência a Senhora confessou que de fato depois da morte da sua mãe a Senhora não comunicou o óbito** (...) **e continuou sendo creditado o valor do benefício na conta corrente e a Senhora continuou recebendo, isso é verdade?** Acusada: Retiraram no dia 28 de junho de 2013, dai não recebi mais nada (...) **Juiz Federal: mas antes a Senhora recebia?** Acusada: Eu recebi (...) **Juiz Federal: e porque a Senhora não comunicou o óbito da sua mãe?** Acusada: Olha eu fiquei desorientada depois que minha mãe morreu (...) ai depois foi o negócio que eu fui queimada (...) **Juiz Federal: quando foi esse acidente que queimou?** (...) Acusada: Foi em (...) 17 de janeiro de 2000 (...) **Juiz Federal:** (...) **a Senhora deu a entender que foi a Senhora mesmo que a época do falecimento do seu pai adotou a obtenção da pensão pra sua mae, foi isso?** Acusada: Foi (...) eu arranjei fui lá no Exército (...) **Juiz Federal: Porque que ai quando da morte da sua mãe, ou mesmo antes a Senhora não procurou também verificar a possibilidade de que esta**

pensão fosse paga diretamente pra Senhora? Acusada: É isso ai eu errei porque eu não comuniquei nem nada (...) **Juiz Federal: mas a Senhora sabia que não podia continuar recebendo?** Acusada: Pois é (...) eu sabia (...) mas acontece que eu pensei que eles iriam ter compracência (sic) de mim porque sou filha única (...) **Juiz Federal:** (...) **o que eu achei mais grave aparentemente** (...) **mas essa questão de ter buscado retirar essa identidade utilizando essa Senhora chamada Inocência, utilizando a foto dela.** Acusada: Não, isso não aconteceu não (...) no tempo que eu tirei a identidade (...) foi queimado todos os documentos (...) não fiquei com nada, nem um papel (...) **Juiz Federal: mas a morte da sua mãe foi muito antes né** (...) **95 não foi?** Acusada: (...) foi (...) **Juiz Federal: pois é o incêndio foi só em 2000** (...) **a pergunta foi: Porque que não deu entrada depois do falecimento** (...) Acusada: foi falta de orientação, não tinha um advogado perto de mim nem nada que me orientasse (...) **Juiz Federal: outra pergunta: Que tipo de documento de identificação usava para apresentar dona Inocência como sendo Dalila após a morte?** Acusada: não a dona Inocência ela fazia apenas companhia, eu nunca disse que ela era minha mãe, isso é estória (...) ela apenas me acompanhava **Juiz Federal:** (...) **teve essa pergunta que a Senhora respondeu. Respondeu que usava a carteira de identidade verdadeira de sua mãe mas em vez da Senhora Inocência assinar o seu nome verdadeiro ela assinava como sendo Dalila** Acusada: (...) não, não (...) **Juiz Federal:** (...) **eu estou só lendo o que o Senhora disse lá no depoimento. E que em 2002 após uma solicitação de atualização cadastral por parte da CIP Teresina, onde fora exigida que se atualizasse a documentação, retirou uma segunda via da identidade da Senhora Dalila mas usando uma foto da Senhora Inocência, que teve inclusive que assinar uma ficha de identificação** Acusada: (...) não, isso ai é estória **Juiz Federal: isso é o que estra escrito no seu depoimento** Acusada: (...) o retrato dela não estava na identidade não (...) **Juiz Federal: mas quando foi que essa identidade foi retida? Ela não foi inclusive retida pela servidora que identificou que aquela pessoa não era?** Acusada: não, não **Juiz Federal: não teve esse fato?** Acusada: não teve não (...) isso ai tudo é estória (...) **Juiz Federal: de quem? não foi a Senhora mesmo que contou e esta assinado pela Senhora** (...) **foi a Senhora mesmo que narrou e ninguem tinha como inventar uma estória dessa;** Acusada: (...) mas acontece que eles diziam assim: Dona Carmem assine aqui e eu assinava **Juiz Federal:** (...) **mas como eles iam criar essa estória? Os nomes são os nomes das pessoas que a Senhora estava fazendo referencia, eles não tinham como inventar, a não ser que eles lhe conhecessem pessoalmente, são pessoas que nem lhe conheciam** (...) **o oficial que lhe interrogou não lhe conhecia então não tinha como ele inventar essa estória** (...) **eu só vou perguntar mais uma vez, se efetivamente após a morte da sua mãe a Senhora continuou recebendo o valor do benefício?** Acusada: (...) continuei recebendo **Juiz Federal: e porque que a Senhora continuou e como foi que a Senhora continuou recebendo?** Acusada: (...) continuei recebendo porque minha mãe no leito de morte ela mesmo disse pra mim não entrega a certidão de óbito porque senão você vai fica

> sem a pensão, e eu cai na onda dela, ai foi por isso que eu não entreguei, eles ficaram com raiva porque eu não entreguei a certidão de óbito da minha mãe, foi ai que eles inventaram essas coisas tudo (...) **Advogado da Defesa: as pessoas que interrogaram a Senhora eles conheciam a Senhora?** Acusada: não **Advogado da Defesa: nenhum deles?** Acusada: nenhum (...) de jeito nenhum (...) nunca tinha visto eles (...) **Advogado da Defesa: A Senhora tinha consciência do que estava dizendo naquela hora?** Acusada: Não, não, não tinha consciência de jeito nenhum (...) **Advogado da Defesa: e hoje a Senhora tem consciência de que errou?** Acusada: tenho consciência, hoje tenho consciencia de que errei (...) **Advogado da Defesa: a Senhora errou com intenção de má fé da Senhora?** Acusada: (...) não de jeito nenhum (...) **Advogado da Defesa: sem essa pensão que a Senhora recebia do seu Pai a Senhora teria como sobreviver durante esse tempo?** Acusada: (...) não, de jeito nenhum, eu estou na pior (...) fiquei devendo (...) muitas contas já não pude pagar (...) **Advogado da Defesa: a Senhora diz ai no processo que tem um documento ai que uma Senhora usou com o retrato da sua mãe, um documento, uma carteira que tinha os dados da sua mãe e o retrato era de uma outra pessoa, a Senhora tinha conhecimento disso?** Acusada: (...) Não (...) Não tinha conhecimento **Advogado da Defesa: essa pessoa nunca falou que usava a carteira da sua mãe?** Acusada: (...) Não (...) **Juiz Federal:** (...) **a Senhora teve contato com o advogado Doutor Humberto?** Acusada: (...) Não falei com nenhum Doutor Humberto (...) **Juiz Federal:** (...) **foi dito assim: que o doutor Humberto ao chegar ao Cartório foi surpreendido pela Senhora Rita, serventuária do Cartório, que era sobrinha da Dona Inocência. Você conhece a Rita que era sobrinha da Inocência?** Acusada: (...) essa dona Rita não gostava de mim (...) **Juiz Federal: então a Senhora conhece?** Acusada: eu conheço ela lá do cartório e ela inventou muitas coisas de mim (...) **Juiz Federal: a Senhora quer dizer mais alguma coisa em sua defesa?** Acusada: quero dizer que estou passando necessidade, depois que tiraram essa pensão eu fiquei devendo e não tenho condições de pagar (...) **Juiz Federal: a Senhora já respondeu a algum outro processo?** Acusada: não (...) (Grifos no original).

O Ministério Público Militar arrolou as seguintes testemunhas:

1) 1º Ten Ex Antônio Pereira dos Reis Junior, que afirmou (fls. 185/186):

> (...) que é o Chefe do órgão pagador de inativos e pensionista (sic) da 26ª CSM, cujo órgão a senhora Maria Carmem é ré nesse processo (sic) e encontrava-se vinculada; que em maio de 2013, foi informado pelo servidor civil Carlos Alberto, do referido órgão que não conseguia fazer a apresentação da senhora Dalila que contava com 104 anos de idade; que então, a testemunha combinou com ele de ir até a casa da referida senhora para fazer uma verificação; que mais ou menos em meado (sic) de maio acompanhado do Sr. Carlos Alberto e do Sgt Paulo compareceu à casa da Senhora Dalila, sendo atendido pela filha dela, de nome Carmem que disse que ela não se encontrava em casa e sim disse (sic) que a mãe dela se encontra internada na UTI, sem poder receber visita e que o ir-

mão da Carmem, ou seja, da Senhora Carmem se encontrava com ela no Hospital; que ela não mencionou o nome do Hospital, sob a alegação de que não sabia; que a senhora Carmem disse ainda à testemunha não (sic) precisava ficar preocupada porque seu irmão se encontrava lá tomando conta da senhora Dalila; que a testemunha pediu então o endereço do irmão dela, tendo a senhora Carmem dito que não tinha ninguém na casa dele; que então a testemunha informou a senhora Carmem que precisava ver a senhora Dalila porque a responsabilidade era do depoente, por ser o Chefe do Órgão Pagador; que a senhora Carmem disse que não era possível; que então o Sr. Carlos Alberto disse: "Deixa, Tenente, porque eu sei onde o irmão da senhora Carmem mora", visto que no ano passado fez a apresentação da Senhora Dalila na casa dele; que então, a testemunha partiu para o endereço onde encontrou a pessoa de nome Francisco que disse que não conhecia a senhora Dalila, que a mãe dele se chamava Inocência e tinha falecido no dia 08 de maio e que a senhora Carmem sempre pegava a mãe dele levava no quartel, apresentava ela como a senhora Dalila e que após passava num Shopping e dava presente a ela; que o Sr. Francisco disse que aquilo era uma quadrilha e que a casa tinha caído; que então, o depoente retornou a casa da senhora Carmem e deu a ela ciência da conversa que teve com o Sr. Francisco e ela continuou afirmando que a Dona Inocência, Dona Dalila e Pretinha eram a mesma pessoa e que era a mãe dela; que a senhora Carmem diante da insistência da testemunha, admitiu que a mãe dela havia morrido, mas que no momento se encontrava sem a certidão de óbito e que a levaria posteriormente ao quartel; que no dia a senhora Carmem se encontrava com a perna direita inchada e demonstrava dificuldade de locomoção; que então, entendendo que as informações eram suficientes, a testemunha retornou ao quartel e deu ciência ao Chefe da 26ª CSM e em seguida solicitou a instauração de IPM; que soube que a senhora Carmem apresentou a certidão de óbito no final de maio, não podendo dizer se o IPM já estava em curso, porque após ter feito a solicitação de sua instauração, a testemunha retornou às suas atividades habituais; que no final do mês de maio, em diligência realizada, junto ao Banco do Brasil, a qual era vinculada a senhora Dalila e visando o bloqueio do dinheiro a ela destinado, a testemunha soube pelo gerente que a quantia havia sido depositado na conta da procuradora, Srª Carmem, e que já havia sido retirada a quantia; que a testemunha deseja informar que na ocasião dos fatos só tinha dois meses na chefia (...) que a certidão de óbito apresentada na ocasião estava no nome da senhora Dalila, na data do óbito real da referida senhora, acreditando que tenha sido 1995, mas não pode afirmar (...) que o Sr. Carlos Alberto demonstrou a preocupação porque a senhora Dalila não havia se apresentado em março, data do cadastramento, nem ele conseguira contato por telefone ou mediante via de correspondência, além do fato vir a apontar que tinha a senhora 104 anos de idade; daí que ele sugerira então a realização de visita pessoal, o que realmente foi realizado como narrado pela testemunha; que não tem conhecimento da data que teria ocorrido a visita física da senhora Dalila na casa do Sr. Francisco; que não era comum o comparecimento de pensionistas de idades avan-

çadas na sua Seção; que o controle do pessoal de pensionista é feito pela data de aniversário, cada mês; que na época não havia controle por meio da informatização (...).

2) Civil Carlos Alberto Silva Lopes, que afirmou (fls. 187/188):

(...) que era auxiliar da seção de inativos e pensionistas; que a função principal era preparar a documentação referente aos processo (sic) de pagamentos de inativos e pensionistas; que está nessa função desde 1995; que em várias vezes recebeu a apresentação da senhora Dalila que vinha acompanhada da sua filha, Carmem quando então era feita a comprovação de vida; que se recorda que a última apresentação se deu mais ou menos em 2012; que na realidade em 2012 a senhora Dalila não compareceu ao serviço de inativos e pensionistas, visto que a testemunha compareceu à casa da senhora Carmem, que é o mesmo endereço da senhora Dalila para fazer a verificação, quando foi informado pela senhora Carmem que a senhora Dalila se encontrava na casa do seu irmão Francisco adoentada; que então a testemunha se deslocou à casa do Sr. Francisco onde encontrou a senhora Dalila deitada numa rede e fez o registro colhendo as digitais, sendo certo que na ocasião o Sr. Francisco não se encontrava, encontrando-se em casa somente uma empregada; isso tudo se passou em 2012; que conhecia a senhora Dalila pessoalmente, visto que as apresentações no serviço de inativos via uma senhora loira que coincidia com a identidade e a foto; que em maio de 2013, em nova visita física, voltou a casa da senhora Carmem para fazer o novo cadastramento da senhora Dalila, visto que ela não tinha comparecido em abril; que então, comunicou o fato ao Chefe da Seção levando a sua desconfiança pelo fato da senhora Carmem ter demonstrado omitindo ou mentindo (sic); que então em companhia do Tenente, Chefe da Seção e de um Sargento, após alguns dias, retornaram a casa da senhora Carmem, nesta ocasião já foi o tenente quem conversou com ela; que ouviu a conversa, e quando a senhora Carmem disse que a mãe dela estava internada no hospital, na UTI, mas que não poderia fornecer o endereço e que ela não poderia receber nenhuma visita, mesmo diante da insistência do tenente; que então a testemunha se recordou e disse ao tenente que tinha feito o cadastramento em 2012 da senhora Dalila, na casa do Sr. Francisco irmão da senhora Carmem; que então para lá se dirigiram, quando então a testemunha soube que não era a senhora Dalila cadastrada em 2012, quando soube que ali não morava nenhuma Dalila, mas sim a senhora Inocência, mãe dele e esta sim havia morrido; continuando disse ainda que se tratava de uma corja de bandidos e que a Carmem já havia ido à casa dele por diversas vezes e a levado para um Shopping, para passear no final de semana; que o Sr. Francisco forneceu de imediato a certidão de óbito da senhora Inocência; que Francisco disse que não era irmão da Carmem; que não confrontou as impressões que colheu da senhora "Dalila" com as impressões existentes nos arquivos na Seção de Inativos, pois o seu objetivo era apenas verificar se ela estava viva (...) que depois da diligência na casa do Sr. Francisco a testemunha foi liberada (...) que não ouviu nenhum comentário da idade que contava a senhora

Inocência quando do seu falecimento; que em 2012, quando fez o recadastramento na casa do Sr. Francisco, aquela pessoa se encontrava muito debilitada aparentando muita idade; que não chegava a observar se havia a presença de pensionista com idades avançadas; que na época não tinha controle mediante informatização; que as formas utilizadas na ocasião erar (sic) contato por telefone aerogramas (sic) e a realização de visitas a pensionistas (...).

3) Civil Francisco das Chagas Moura de Almeida (filho da Civil Inocência Pontilia Moura de Almeida), inquirido por Carta Precatória (mídia digital, fl. 227):

(...) **Juiz Federal: você conhece a dona Maria Carmem?** Testemunha: (...) conheço (...) **Juiz Federal: você conhece ela de onde?** Testemunha: ela sempre ia lá em casa (...) **Juiz Federal: ela ia fazer o que na sua casa?** Testemunha: ela ia pegar mamãe pra levar no taxi (...) **Juiz Federal: quem é a sua mãe?** Testemunha: Inocência Pontília Moura de Almeida (...) **Juiz Federal: você viu a acusação aqui de que ela usou a sua mãe para receber um benefício, ai tenho que perguntar se a sua mãe recebia alguma coisa por isso?** Testemunha: (...) não sei não **Juiz Federal: Você morava com ela?** (...) Testemunha: eu morava com minha mãe **Juiz Federal: quem mais morava com ela?** Testemunha: meu irmão e uma menina que cuidava dela (...) **Juiz Federal: o senhor morava com ela então deve conhecer o que aconteceu** (...) **pelas informações da Auditoria Militar a sua mãe se passava por outra pessoa durante muitos anos então certamente ela estava lúcida** (...) **então eu queria que você contasse como isso aconteceu** (...) **a Justiça militar tem interesse em esclarecer essa situação** (...) **ai pergunto novamente a dona Maria Carmem ia lá e pegava a sua mãe e sem ter nenhuma relação de parentesco com ela levava para receber dinheiro, era isso?** Testemunha: Era, certo **Juiz Federal** (...) **qual é a razão dela se submeter a essa situação?** (...) **Você percebe que ela não deveria estar recebendo essa pensão né.** Testemunha: É **Juiz Federal: Não deveria ou Deveria?** Testemunha: Não deveria estar **Juiz Federal: Você sabe dizer o porque disso?** Testemunha: Não, não sei **Juiz Federal: Mas a dona Maria Carmem ia na casa da sua mãe** (...) **para pegar ela e levar onde** (...)**?** Testemunha: (...) ela levava a minha mãe para ir passear (...) **Juiz Federal: Todo mês isso?** Testemunha: (...) acho que era todo mês isso (...) ela até comprava presente pra minha mãe (...) **Juiz Federal: o Senhor nunca estranhou essa relação?** Testemunha: Desconfiava, achava estranho pra caramba. **Juiz Federal: mas não sabia o que estava acontecendo?** Testemunha: Não (...) eu tinha ansiedade em saber (...) **Procurador da República: você chegou a ver lá a identidade que tinha a foto da sua mãe mas com o nome de outra pessoa?** Testemunha: (...) não (...) **Procurador da República: mas essa identidade não tinha sido entregue ao senhor? Essa identidade que tinha a foto da sua mãe** (...) Testemunha: (...) não **Procurador da República: o senhor foi ouvido lá na Área Militar, no quartel?** Testemunha: foi **Procurador da República: lá o senhor tinha dito que o senhor estava de posse da identidade e não sabia onde estava e depois ia procurar para entregar** Testemunha: eles me pediram para

> procurar a falsa **Procurador da República: e o senhor ainda não achou?** Testemunha: eu não me lembro se tinha ficado comigo, se minha sobrinha tinha me entregue ou não (...) **Procurador da República: além de presentes essa senhora Maria Carmem entregava a sua mãe algum outro tipo de** (...) **outra coisa, tipo dinheiro?** Testemunha: não **Procurador da República:** (...) **esses presentes dados eram em data específica?** Testemunha: (...) eram de mês em mês eu acho (...) **Procurador da República: o senhor recorda desde quando dona Maria Carmem e Dona Inocência eram amigas?** Testemunha: (...) muito tempo elas eram amigas, inclusive todas duas eram professoras (...) **Juiz Federal: quantas vezes mais ou menos** (...) **ocorreram esses episódios da dona Carmem ir buscar a senhora Inocência? O senhor lembra a frequência?** Testemunha: (...) acho que era de vez em quando **Procurador da República: e quando a dona Inocência retornava vocês não perguntavam onde elas tinham ido? O que elas tinham feito?** Testemunha: (...) a gente perguntava mas ela não falava (...) **Procurador da República: Você sabe se ela tinha a posse de algum cartão** (...) **da conta de alguma outra pessoa que não fosse dela?** Testemunha: (...) (Grifos no original).

4) Civil Rita Moura Veras, inquirida por Carta Precatória (mídia digital, fl. 227):

> (...) **Juiz Federal: qual a sua profissão atual?** Testemunha: (...) escrivã (...) do Primeiro Cartório Cível (...) **Juiz Federal: a Senhora conhece a dona Maria Carmem?** Testemunha: essa Senhora eu a conheço de vista, de vista porque a Senhora Inocência ela era irmã do meu pai (...) e ela já há muito tempo ela estava doente e normalmente no aniversário dela faziam sempre uma comemoração e eu sempre ia e lá via essa Senhora (...) via porque ela é uma pessoa muito fácil de identificar porque ela usa um cabelo avermelhado então a gente olha e identifica logo a pessoa (...) **Juiz Federal: a Senhora conheceu a dona Maria Carmem?** Testemunha: (...) é sim (...) mas na verdade eu nem sabia como era o nome dela. Sei porque se você vê uma pessoa que chama a atenção com o cabelo vermelho (...) toda vez que olha você se lembra dela né, e ela sempre ia nos aniversários dessa minha tia. Quando é um dia eu já estava quase no final do expediente e chegou lá no meu Cartório o Doutor Pedro Nolasco (...) ia fazer (...) uma autenticação, ai eu olhando ali o documento (...) eu li o nome, olhei pra foto e eu disse Pedro esse nome bem aqui não é dessa pessoa porque essa pessoa é minha tia (...) essa foto bem aqui é da minha tia e ela não tem este nome (...) foi ai que tomei conhecimento da situação. Ai na mesma hora eu disse vamos lá, eu te levo lá (...) ai ele saiu comigo, fomos no carro dele (...) primeiro ele passou na casa dessa pessoa que é a Maria Carmem (...) passou e falou com ela sobre o documento (...) ai não sei o que foi que aconteceu (...) ai nós fomos na casa da minha tia, ela estava por sinal acamada, tava muito doente (...) e nós entramos lá e falei com ela, ela já nem reconhecia muito a gente (...) vagamente ela olhava pra gente e falava alguma coisa, estava muito mal mesmo (...) e eu digo esta aqui é a minha tia e essa foto dessa carteira é dela, então não tem nada a ver com esse outro nome (...) e foi a última coisa que

> aconteceu (...) **Juiz Federal: a sua tia não pode dizer nada porque já estava em estado avançado?** Testemunha: Não (...) depois ela veio a falecer (...) a minha preocupação era dizer pra ele que aquela pessoa não tinha aquele nome (...) **Juiz Federal: a senhora sabe qual era a relação da dona Maria Carmem com a dona Inocência?** Testemunha: Não sei porque apesar de ser minha tia (...) morar muito próximo (...) a gente não tinha aquele hábito de frequentar (...) a gente se via de vez em quando (...) a gente não tem muito contato (...) (Grifos no original).

A Defesa não arrolou testemunha (fls. 267 e 269-v).

Na fase do art. 427 do CPPM, o Ministério Público Militar nada requereu (fl. 274). Já a Defesa requereu que fosse diligenciado junto à unidade militar responsável pelo pagamento da pensão, questionando se existia (fl. 276):

> (...) algum requerimento de pensão realizado pela ré MARIA CARMEM LIMA FALCÃO, até a data de hoje.
>
> Requer ainda, caso não tenha havido o requerimento, se a senhora MARIA CARMEM LIMA FALÇÃO, à época do óbito de sua mãe, DALILA ROSA DE LIMA FALCÃO, fazia jus, caso realizasse o pedido, ao recebimento da pensão do militar MARIANO PEREIRA FALCÃO (...).

Em resposta, foi acostado aos autos o Ofício nº 85-AsseApJurd/10, de 9 de março de 2016 (fl. 279), oriundo do Comando da 10ª Região Militar do Exército Brasileiro, informando que (fl. 279):

> (...) a Sra MARIA CARMEN (sic) LIMA FALCÃO não requereu junto àquela Organização Militar a habilitação da Pensão Militar deixada pela Sra Dalila Rosa de Lima Falcão, viúva do Sr. Mariano Pereira Falcão, Instituidor.
>
> Informo, ainda, a Vossa Excelência que a 26ª CSM verificou que a Sra MARIA CARMEN (sic) LIMA FALCÃO, na época, não fazia jus ao benefício, por encontrar óbice no § único, II, "b" do Art. 5º, da Lei nº 3.373/58, por se tratar de servidora pública estadual (professora aposentada) (...).

Na fase do art. 428 do CPPM, em Alegações Escritas (fls. 281/290), o MPM pugnou pela condenação da Acusada, ratificando os termos da Denúncia.

A Defesa (fls. 293/303), por sua vez, requereu a absolvição da Acusada com base no artigo 439, alínea "b", do CPPM, "(...) pela ausência do elemento subjetivo dolo e inexistência de prejuízo para a administração militar (...)" (fl. 303), e pelas alíneas "d" e "e" do referido dispositivo, "(...) pela presença de causa excludente de ilicitude ou, no mínimo, dúvida soibre (sic) sua existência (...)" (fl. 303).

Em Despacho de fl. 314, foi determinado pelo Juízo que a DPU se manifestasse "(...) sobre a realização de outro interrogatório, na conformidade do

artigo 400 do CPP (...)", tendo declinado o Órgão defensivo dessa prerrogativa ao afirmar que "(...) manifesto desinteresse na realização de novo interrogatório (...)" (fl. 315-v).

Em Sessão de Julgamento de 28 de julho de 2016 (fls. 349/365), o Conselho Permanente de Justiça para o Exército condenou a Acusada, por unanimidade, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incursa no art. 251 do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

A Sentença foi lida, assinada e publicada em 4 de agosto de 2016 (fl. 366), tendo sido intimado o Ministério Público Militar em 9 de agosto de 2016 (fl. 393).

A Defensoria Pública da União, intimada em 16 de agosto de 2016 (fl. 395), interpôs, tempestivamente, o presente Recurso de Apelação (fl. 396).

Em suas Razões (fls. 404/415), a Defesa Pública arguiu a incompetência da Justiça Militar para julgar civil, afirmando que "(...) a competência para processar e julgar os feitos versados na ação penal em referência não pertence à Justiça Militar da União, mas, sim, à Justiça Federal comum (...)" (fl. 408). Para tanto, aduziu que (fls. 406/407):

> (...) No caso em apreço, tem-se que a conduta atribuída à apelante civil **não** atinge as funções típicas das Forças Armadas, quais sejam, a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (...).
>
> Nesse contexto, dada a excepcionalidade do julgamento de civis pela Justiça Militar, **tantas vezes assentadas pelo Supremo Tribunal** Federal, tem-se que o processo e julgamento do ora paciente pela Justiça militar constitui violação ao artigo 5º, inciso LIII, e ao artigo 109, inciso IV, ambos da Constituição da República, bem como enseja ofensa ao artigo 8º, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica (...) (Grifos no original).

No mérito, requereu a absolvição da Acusada, sustentando a atipicidade de sua conduta, uma vez que existiria "(...) dúvida razoável acerca do prejuízo em face da administração militar (...)" (fl. 411), argumentando que (fls. 408/409):

> (...) observa-se que a acusada, a despeito de possuir renda própria, fazia jus à percepção do benefício à época do óbito do segurado instituidor da pensão, em 12/06/1985, inexistindo, assim o prejuízo em face da administração militar.
>
> (...) a acusada sempre residiu com os pais, sendo filha única e solteira, de modo que o fato de a mesma ter exercido cargo público permanente por si só não é suficiente para negar-lhe o benefício. Ora, deve-se aplicar à norma previdenciária uma interpretação teleológica, a fim de se

> chegar aos parâmetros justos para se aferir o direito ou não a concessão da pensão (...).
>
> (...) Nota-se que, em que pese possuir renda, a mesma não é suficiente, fazendo portanto a acusada jus ao recebimento da pensão (...).
>
> Assim, neste momento não há elementos suficientes para comprovar a existência do prejuízo contra a administração militar, tendo em vista que tal constatação se perfaz pelo reconhecimento ou não do direito à pensão, fato este que só pode ser discutido na esfera competente (...).

Alternativamente, em caso de manutenção da condenação, a Defesa pugnou pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea prevista no artigo 72, inciso III, alínea "d", do CPM, com vistas à redução da reprimenda ao seu mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, aduzindo, para tanto, que (fls. 411/413):

> (...) A Sentença usa como fundamento para a sua não aplicação o fato de ter a ré confessado o crime apenas em fase de instrução e ter escondido o seu cometimento na fase investigatória, entendendo, por esse simples fato, que ela não teria direito a essa atenuante (...) quando a confissão for utilizada como fundamento para a condenação do réu, deverá ela ser utilizada como atenuante em favor dele (...) não restam dúvidas de que a confissão foi utilizada como fundamento para condenação, conforme os trechos da fundamentação da sentença (...).

Por fim, a Defesa requereu, no caso de ser reconhecida a aplicação da atenuante da confissão, e em consequência disso ser a pena aplicada em seu mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, que "(...) seja reconhecida a prescrição retroativa devido à aplicação do art. 115 do Código Penal comum e a consequente redução do prazo prescricional pela metade (...)" (fl. 415), uma vez que (fl. 413): "(...) a ré completou 70 (setenta) anos em 02.01.2016, sendo que a sentença só fora proferida em 28.07.2016, ou seja, na data da sentença a ré já possuía 70 (setenta) anos (...)".

Em Contrarrazões (fls. 418/426), o Ministério Público Militar pugnou pela rejeição da preliminar de incompetência da Justiça Militar. No mérito, refutou os argumentos defensivos de que não teria ocorrido prejuízo à Administração Militar, nos seguintes termos (fl. 424):

> (...) tais argumentos não vingam, haja vista que a norma que proíbe a acumulação da pensão com remuneração de cargo público vigora plenamente, não sendo competência do julgador o exame da sua legitimidade, salvo se fosse caso de norma inconstitucional, mas isto não se vislumbra, como bem foi afirmado na intocável sentença.
>
> Além do mais, a opção pela fruição da pensão em detrimento da remuneração, proveniente do cargo público, cabe exclusivamente à interessada, e deveria ter sido por esta provocada. Ao invés disso, a Sra. Carmem Lúcia preferiu permanecer silente, mantendo a administração em erro, ao levar, durante anos, outra pessoa para se apresentar no lugar de

> sua falecida mãe e, assim, continuar recebendo indevidamente o benefício previdenciário em acúmulo com o seu vencimento de professora, causando ao erário um prejuízo de cerca de R$ 246.375,78 (duzentos e quarenta e seis mil trezentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos), conforme laudo contábil anexo às fls. 361/364 do IPM (...).

Sobre a atenuante da confissão espontânea, o MPM afirmou que (fl. 424):

> (...) tal pleito não possui cabimento, tendo em vista que, em um primeiro momento, a apelante argumentou que sua mãe estava internada em um hospital, conforme se verifica às fls. 185/186, só vindo a confirmar o cometimento do crime quando sua autoria já não era mais ignorada, não havendo que se falar na aplicação da referida atenuante.

Por fim, com relação ao argumento de que "(...) fosse aplicado o art. 115, do Código Penal comum, para que fosse declarada, em razão disso, a prescrição retroativa, com a consequente redução do prazo prescricional pela metade (...)" (fl. 424), o MPM sustentou que (fl. 425):

> (...) tal tese também não merece prosperar, tendo em conta a inexistência de omissão normativa no caso em tela, pois a referida redução prescricional pela metade já é totalmente normatizada pelo art. 129 do Código Penal Militar, que leva em consideração a idade que o agente possuía ao tempo do crime. Esta Egrégia Corte Castrense já se posicionou nesse sentido (...).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes (fls. 436/448), opinou pelo não provimento do Apelo defensivo, para manter a condenação da Ré.

Intimada da colocação do feito em mesa para julgamento, a Defensoria Pública da União apresentou "Manifestação Judicial" (fls. 458/459-v) ratificando os argumentos expendidos pelo Órgão defensivo em suas Razões recursais, nos seguintes termos:

> (...) tenha-se que a Sra. Maria Carmem Lima Falcão está hoje com 71 anos de idade.
>
> De bom alvitre que esta Corte de Apelação adentre ao conteúdo probatório dos autos – já que a matéria está toda devolvida – para que se exaura o argumento principal da Defesa Pública que é o sempre informado pela Sra. Maria Carmem de que pensava que tinha direito aos valores que vinha recebendo já que era filha única da Sra. Dalila e do Sr. Mariano.
>
> Ao que requer, em Apelação, a DPU/Fortaleza/CE, destaque-se a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, o que se destaca nete caso porque o Sr. Mariano não era Militar e, sim, Servidor Civil. No mérito, firma a ausência de prejuízo e, ao final, além da aplicação da atenuante da confissão espontânea há que debruçar a prescrição retroativa já

> que esta Senhora, aqui em Apelo, tinha mais de 70 anos quando da Sentença Condenatória (...).

A Exma. Sra. Ministra-Revisora teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade estão preenchidos, razão pela qual o Recurso merece ser conhecido.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

A Defensoria Pública da União suscitou preliminar de incompetência da Justiça Militar para julgar civil em tempo de paz, afirmando que "(...) a competência para processar e julgar os feitos versados na ação penal em referência não pertence à Justiça Militar da União, mas, sim, à Justiça Federal comum (...)" (fl. 408).

Não assiste razão ao Órgão defensivo.

Inicialmente, releva notar que o Órgão defensivo escudou-se no inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal, cujo teor, muito embora preveja que compete aos Juízes Federais o julgamento das "(...) infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União (...)", ressalvou "(...) a competência da Justiça Militar (...)".

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 122, define como Órgãos da Justiça Militar esta Corte Castrense, os Tribunais e os Juízes militares instituídos por lei:

> Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:
>
> I - o Superior Tribunal Militar;
>
> II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Mais adiante, em seu art. 124, a Carta Magna estabelece a competência da Justiça Militar da União:

> 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.

In casu, a Acusada cometeu crime militar capitulado no artigo 251, *caput*, do Código Penal Militar, atraindo, como decorrência, a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do feito, nos exatos termos do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do referido Códex, *in verbis*:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> (...) III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
>
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar (...).

Esta Corte Castrense tem posicionamento firmado acerca da matéria, como se verifica no seguinte precedente:

> Apelação nº 35-74.2009.7.02.0202/SP (DJe: 5/10/2012)
>
> Relator: Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos
>
> APELAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CIVIL. PRELIMINAR DEFENSIVA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEIÇÃO. ART. 9º, III, "A", CPM. FRAUDE. SAQUES BANCÁRIOS. AUFERIÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. DOLO. PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS.
>
> Extrai-se da literalidade do art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM c/c o art. 124, *caput*, da CF, a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis cujas práticas atentem contra patrimônio sob Administração Militar.
>
> (...) Preliminar defensiva rejeitada, por unanimidade.
>
> (...) Apelo defensivo desprovido, por unanimidade (Grifos nossos).

O Supremo Tribunal Federal tem ratificado a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento de réus civis que incorrem na conduta tipificada no artigo 251, *caput*, do CPM, consoante se extrai dos seguintes arestos:

> Habeas Corpus nº 136.536/CE (DJe: 13/12/2016)
>
> Relator: Ministro Teori Zavascki
>
> Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. SAQUE INDEVIDO DE PENSÃO MILITAR APÓS O FALECIMENTO DO BENEFICIÁRIO (ART. 251 DO CPM). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR. JULGAMENTO DE CIVIL PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. CONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA.
>
> 1. É da competência da Justiça Militar processar e julgar civil acusado da prática do crime de estelionato cometido mediante saque de pensão de beneficiário falecido. Precedentes.
>
> 2. No caso, a fixação da pena-base, com respaldo no art. 69 do Código Penal Militar, foi elevada em decorrência da intensidade do dolo,

com esteio no *modus operandi* da conduta, dotada de acentuada gravidade, além da extensão do dano dela advindo. Indicou-se, para tanto, o prolongado lapso em que o paciente teria sacado o benefício previdenciário de titularidade de sua genitora, mediante declaração falsa de que a beneficiária continuava viva, mesmo após quase 3 anos do seu falecimento, período no qual usufruiu do recebimento do benefício, por intermédio de mais de 400 movimentações financeiras realizadas.

3. Elementos dos autos indicam que a autoria delitiva já estava identificada quando o paciente admitiu sua culpa, sendo inviável em sede habeas corpus proceder ao revolvimento de fatos e provas com vistas a emprestar ao relato do paciente o grau de valoração exigido para qualificá-lo como confissão espontânea, assim entendida como aquela que decorre da livre disposição do agente de procurar a autoridade para informar a prática da infração penal "ignorada ou imputada a outrem" (CPM, art. 72, III, "d") e assim ajudar no seu pronto esclarecimento.

4. Ordem denegada. (Grifo nosso).

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 760.036/DF (DJe: 29/10/2014)

Relator: Ministro Luiz Fux

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CRIME CONTINUADO. ARTIGO 251, *CAPUT*, C.C. O ARTIGO 80 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA.

1. A competência da Justiça Militar, quando debatida sob a ótica infraconstitucional, revela ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que obsta o conhecimento do recurso extraordinário. Precedente.

2. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que, apesar de a competência da Justiça Castrense não se limitar a julgar somente os integrantes das Forças Armadas, e também por ter sua competência definida de modo restrito quanto ao julgamento de civil em tempo de paz, tratando-se de saque indevido realizado por civil da pensão de militar já falecido, a competência é da Justiça Militar. Precedentes: HC 115.013, rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 20/08.2014 e HC 115.966, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 22/10/2013.

(...) 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (Grifo nosso).

Habeas Corpus nº 113.423 (DJe: 26/2/2013)

Relatora: Ministra Rosa Weber

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.
>
> (...) 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).

Por essas razões, não se verificam as alegadas violações aos incisos LIII do artigo 5º e IV do artigo 109, ambos da Constituição Federal, tampouco ao artigo 8º, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, suscitada pela Defensoria Pública da União.

MÉRITO

A Defensoria Pública da União interpôs a presente Apelação insurgindo-se contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 10ª Circunscrição Judiciária Militar, que condenou a Civil MARIA CARMEM LIMA FALCÃO à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, como incursa no art. 251 do Código Penal Militar, com o direito de apelar em liberdade e com o regime prisional inicialmente aberto.

Em suas Razões, o Órgão defensivo requereu a absolvição da Acusada por atipicidade de sua conduta, uma vez que existiria "(...) dúvida razoável acerca do prejuízo em face da administração militar (...)" (fl. 411).

Alternativamente, em caso de manutenção da condenação, a Defesa pugnou pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea prevista no artigo 72, inciso III, alínea "d", do CPM, para diminuir a pena imposta para o mínimo legal de 2 anos de reclusão.

Por fim, a Defesa requereu, no caso de ser reconhecida a aplicação da atenuante da confissão, e em consequência disso ser a pena aplicada em seu mínimo legal de 2 anos de reclusão, que "(...) seja reconhecida a prescrição retroativa devido à aplicação do art. 115 do Código Penal comum e a consequente redução do prazo prescricional pela metade (...)" (fl. 415).

Não assiste razão ao Órgão defensivo, por restarem comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade na conduta da Acusada.

Acerca do delito em testilha, segundo o escólio de Fernando Capez (*Curso de Direito Penal*. *Parte Especial*. Volume 2. 10. ed. 2010. p. 568), "(...) o objeto jurídico tutelado no crime de estelionato é a inviolabilidade do patrimônio, reprimindo a fraude causadora do dano a esse patrimônio.". E prossegue afirmando que "(...) a ação nuclear consiste em induzir ou manter alguém em erro, por meio do uso de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para obter para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio (...)".

Conforme se verifica na Portaria de instauração do Inquérito Policial Militar, a investigação foi iniciada para a comprovação do destino da ex-pensionista Sra. Dalila Rosa de Lima Falcão, uma vez que "(...) foi apresentada em 22 de maio de 2013, por sua filha e procuradora MARIA CARMEM LIMA FALCÃO, uma certidão de Óbito datada de 21 de maio de 2013 (2ª Via), onde consta o seu falecimento em 26 de outubro de 1995 (...)" (fl. 4 do Apenso 1).

A referida Certidão de Óbito (fl. 8 do Apenso 1), cuja declarante é a própria Acusada, consignou o local, a data e a hora do falecimento da ex-pensionista (Hospital do Matadouro-PI, em 26 de outubro de 1995, às 16h30min).

Apesar disso, o documento DIEx nº 126-OPIP-6/OPIP/26ª CSM, de 15 de maio de 2013, atestou que "(...) a filha e procuradora da pensionista, senhora **MARIA CARMEN** (sic) **LIMA FALCÃO** informou que a mesma encontrava-se na **UTI** de um hospital e que não lembrava onde, e que seu irmão de criação, senhor **FRANCISCO DAS CHAGAS MOURA DE ALMEIDA**, é que estava com ela no hospital naquele momento." (fl. 5 do Apenso 1) (Grifos no original).

Em seu depoimento colhido em Juízo, o Ten Ex Antônio Pereira dos Reis Junior, então Chefe do Órgão Pagador de Inativos e Pensionistas da 26ª CSM, afirmou que "(...) mais ou menos em meado (sic) de maio acompanhado do Sr. Carlos Alberto e do Sgt Paulo compareceu a casa da Senhora Dalila, sendo atendido pela filha dela, de nome Carmen (sic), que disse que ela não se encontrava em casa e sim disse que a mãe dela se encontra internada na UTI." (fl. 185).

Conclui-se, pois, que a Acusada induziu a Administração Militar em erro para a obtenção de vantagem indevida, omitindo, deliberadamente, informação sobre o falecimento da sua genitora e ex-pensionista.

Quanto à autoria, em seu depoimento colhido em Juízo, a Acusada revelou que tinha pleno conhecimento do falecimento da ex-pensionista em 26 de outubro de 1995, porém não apresentou a Certidão de Óbito de sua genitora na Unidade Pagadora.

Conforme declarou em Juízo (mídia digital, fl. 161):

> (...) **Juiz Federal: e porque a Senhora não comunicou o óbito da sua mãe?** Acusada: Olha eu fiquei desorientada depois que minha mãe

> morreu (...) **Juiz Federal: Porque que ai quando da morte da sua mãe, ou mesmo antes a Senhora não procurou também verificar a possibilidade de que esta pensão fosse paga diretamente pra Senhora?** Acusada: É isso ai eu errei porque eu não comuniquei nem nada (...) **Juiz Federal: mas a Senhora sabia que não podia continuar recebendo?** Acusada: Pois é (...) eu sabia (...) mas acontece que eu pensei que eles iriam ter compracência (sic) de mim porque sou filha única (...) **Juiz Federal:** (...) **Porque que não deu entrada depois do falecimento** (...) Acusada: foi falta de orientação, não tinha um advogado perto de mim nem nada que me orientasse (...) **Juiz Federal: (...)) eu só vou perguntar mais uma vez, se efetivamente após a morte da sua mãe a Senhora continuou recebendo o valor do benefício?** Acusada: (...) continuei recebendo **Juiz Federal: e porque que a Senhora continuou e como foi que a Senhora continuou recebendo?** Acusada: (...) continuei recebendo porque minha mãe no leito de morte ela mesmo disse pra mim não entrega a certidão de óbito porque senão você vai fica sem a pensão, e eu cai na onda dela, ai foi por isso que eu não entreguei, eles ficaram com raiva porque eu não entreguei a certidão de óbito da minha mãe, foi ai que eles inventaram essas coisas tudo (...) **Advogado da Defesa: A Senhora tinha consciência do que estava dizendo naquela hora?** Acusada: Não, não, não tinha consciência de jeito nenhum (...) **Advogado da Defesa: e hoje a Senhora tem consciência de que errou?** Acusada: tenho consciência, hoje tenho consciencia de que errei (...) (Grifos nossos).

Corrobora essa confissão o depoimento do 1º Ten Ex Antônio Pereira dos Reis Junior, colhido em Juízo, cujo teor descreve em minúcias a conduta ardilosa perpetrada pela Acusada (fls. 185/186):

> (...) que é o Chefe do órgão pagador de inativos e pensionista (sic) da 26ª CSM, cujo órgão a senhora Maria Carmem é ré nesse processo (sic) e encontrava-se vinculada; que em maio de 2013, foi informado pelo servidor civil Carlos Alberto, do referido órgão que não conseguia fazer a apresentação da senhora Dalila que contava com 104 anos de idade; que então, a testemunha combinou com ele de ir até a casa da referida senhora para fazer uma verificação; que mais ou menos em meado (sic) de maio acompanhado do Sr. Carlos Alberto e do Sgt Paulo compareceu à casa da Senhora Dalila, sendo atendido pela filha dela, de nome Carmem que disse que ela não se encontrava em casa e sim disse (sic) que a mãe dela se encontra internada na UTI, sem poder receber visita e que o irmão da Carmem, ou seja, da Senhora Carmem se encontrava com ela no Hospital; que ela não mencionou o nome do Hospital, sob a alegação de que não sabia; que a senhora Carmem disse ainda à testemunha não (sic) precisava ficar preocupada porque seu irmão se encontrava lá tomando conta da senhora Dalila; que a testemunha pediu então o endereço do irmão dela, tendo a senhora Carmem dito que não tinha ninguém na casa dele; que então a testemunha informou a senhora Carmem que precisava ver a senhora Dalila porque a responsabilidade era do depoente, por ser o Chefe do Órgão Pagador; que a senhora Carmem disse que não era

> possível; que então o Sr. Carlos Alberto disse: "Deixa, Tenente, porque eu sei onde o irmão da senhora Carmem mora", visto que no ano passado fez a apresentação da Senhora Dalila na casa dele; que então, a testemunha partiu para o endereço onde encontrou a pessoa de nome Francisco que disse que não conhecia a senhora Dalila, que a mãe dele se chamava Inocência e tinha falecido no dia 08 de maio e que a senhora Carmem sempre pegava a mãe dele levava no quartel, apresentava ela como a senhora Dalila e que após passava num Shopping e dava presente a ela; que o Sr. Francisco disse que aquilo era uma quadrilha e que a casa tinha caído; que então, o depoente retornou a casa da senhora Carmem e deu a ela ciência da conversa que teve com o Sr. Francisco e ela continuou afirmando que a Dona Inocência, Dona Dalila e Pretinha eram a mesma pessoa e que era a mãe dela; que a senhora Carmem diante da insistência da testemunha, admitiu que a mãe dela havia morrido, mas que no momento se encontrava sem a certidão de óbito e que a levaria posteriormente ao quartel (...).

Quanto à materialidade, o Laudo Pericial Contábil (fls. 131/134), subscrito por 2 (dois) peritos, comprova o prejuízo causado ao Erário, da ordem de R$ 234.014,15 (duzentos e trinta e quatro mil e quatorze reais e quinze centavos), valor atualizado até 2 de agosto de 2013.

Quanto à culpabilidade, tratando-se de "(...) juízo de valor (de reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o Direito)" (Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal: parte geral*, v. 2. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. p. 545), é inegável a reprovabilidade da conduta de quem mantém em erro a Administração Militar para obter vantagem patrimonial indevida.

Como cediço, o silêncio malicioso quanto à morte de pensionista, objetivando manter em erro a Administração, induzindo-a a continuar pagando o benefício, configura o meio fraudulento apto a caracterizar, ao menos em tese, o delito de estelionato.

Acerca do tema, o Professor Damásio de Jesus (*Código Penal Anotado*. 21. ed. Saraiva. São Paulo. 2012. p. 755) assevera que o silêncio "(...) é meio fraudulento (...)".

A própria exposição de motivos do Código Penal estabelece que "(...) o silêncio malicioso ou intencional, acerca de preexistente erro da vítima, constitui meio fraudulento, característico do estelionato (...)".

Os fatos narrados na Denúncia e comprovados ao longo da instrução criminal subsumem-se perfeitamente ao tipo penal descrito no artigo 251, *caput*, do CPM, não socorrendo à Acusada qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte Castrense:

> (...) A conduta do agente, na espécie dos autos, subsume-se perfeitamente ao delito de estelionato, vez ter obtido vantagem ilícita por meio ardiloso. Os vencimentos depositados após o óbito do pensionista (...) somente foram possíveis porque a Administração Castrense foi mantida em erro, mediante a proposital não comunicação do falecimento. Inconteste a autoria delitiva (...) (Apelação nº 45-20.2008.7.07.0007/PE, Relatora: Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, DJe: 31/5/2012).

> (...) A falta de comunicação do óbito, aliada à realização de saques na conta corrente da pensionista falecida, configura o denominado "silêncio malicioso", conforme precedentes desta Corte e do STF, bem como caracteriza o elemento subjetivo do tipo. (Apelação nº 65-31.2013.7.03.0303/RS, Relator: Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias, DJe: 15/9/2016).

Comprovada a prática delituosa, não merece reparo a Sentença hostilizada.

Passo ao enfrentamento das teses defensivas.

O Órgão defensivo requereu a absolvição da Acusada por atipicidade da conduta, ao argumento de que existiria "(...) dúvida razoável acerca do prejuízo em face da administração militar (...)" (fl. 411), uma vez que a Ré, "(...) a despeito de possuir renda própria, fazia jus à percepção do benefício à época do óbito do segurado instituidor da pensão, em 12/06/1985, inexistindo, assim o prejuízo em face da administração militar (...)" (fl. 408).

Os argumentos não merecem acolhida.

Na ótica defensiva, a alínea "a" do inciso II do artigo 5º da Lei nº 3.373/58, que dispõe sobre o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, garantiria à Acusada, que ostentava a condição de filha solteira, a reversão da pensão por ocasião do falecimento da beneficiária Civil Dalila Rosa de Lima Falcão.

Não obstante, à época do falecimento, em 26 de outubro de 1995, a Ré ocupava cargo público na rede estadual de ensino do Piauí, conforme demonstra a Certidão de Tempo de Serviço de fl. 129 do Apenso 1, tendo se aposentado somente em 30 de dezembro de 2004 (fl. 130 do Apenso 1).

Nesses termos, incidiria na espécie a exceção disposta no parágrafo único do artigo 5º do citado Diploma legal, segundo o qual "(...) A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente (...)".

Releva notar que o próprio Relatório da Sindicância elaborado na fase inquisitorial consignou que: "(...) à época do falecimento da senhora DALILA, por ser a senhora CARMEN (sic) ocupante de cargo público permanente, não fazia jus à pensão temporária (...)" (fls. 338/339 do Apenso 2).

Na fase do art. 427 do CPPM, a Defesa requereu diligências à Unidade Militar responsável pelo pagamento da pensão acerca da existência de (fl. 276):

> (...) algum requerimento de pensão realizado pela ré MARIA CARMEM LIMA FALCÃO, até a data de hoje.
>
> Requer ainda, caso não tenha havido o requerimento, se a senhora MARIA CARMEM LIMA FALCÃO, à época do óbito de sua mãe, DALILA ROSA DE LIMA FALCÃO, fazia jus, caso realizasse o pedido, ao recebimento da pensão do militar MARIANO PEREIRA FALCÃO (...) (Grifo nosso).

Em resposta, foi acostado aos autos o Ofício nº 85-AsseApJurd/10, de 9 de março de 2016 (fl. 279), oriundo do Comando da 10ª Região Militar do Exército Brasileiro, informando que (fl. 279):

> (...) a Sra. MARIA CARMEN (sic) LIMA FALCÃO não requereu junto àquela Organização Militar a habilitação da Pensão Militar deixada pela Sra. Dalila Rosa de Lima Falcão, viúva do Sr. Mariano Pereira Falcão, Instituidor.
>
> Informo, ainda, a Vossa Excelência que a 26ª CSM verificou que a Sra. MARIA CARMEN (sic) LIMA FALCÃO, na época, não fazia jus ao benefício, por encontrar óbice no § único, II, "b" do Art. 5º, da Lei nº 3.373/58, por se tratar de servidora pública estadual (professora aposentada) (...) (Grifos nossos).

Note-se que, segundo a legislação de regência, a Ré, ainda que filha solteira e maior de 21 anos de idade à época do falecimento de sua genitora, somente teria direito à reversão da pensão se não ocupasse cargo público permanente.

Nesta sede, a Defensoria Pública da União insurge-se contra o citado dispositivo ao argumento de que a "(...) vedação imposta pelo parágrafo único do supracitado artigo carece de razoabilidade, tendo em vista que apenas veda a concessão do benefício à filha ocupante de cargo público (...)" (fl. 409).

Ao destacar que a apreciação da razoabilidade do referido dispositivo refoge à competência constitucional atribuída a esta Corte Castrense, ressalto que o próprio Órgão defensivo colacionou precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "(...) A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a filha solteira maior de 21 anos e ocupante de cargo público efetivo pode optar por receber a pensão temporária da Lei nº 3.373/58, em detrimento de seus vencimentos (...)" (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.308.566/PE) (fl. 410).

Portanto, considerando a condição de detentora de cargo público estadual permanente à época do falecimento, ao meu sentir, a Ré preferiu omitir o óbito de sua genitora com o claro propósito de auferir a renda proveniente dos vencimentos de professora da rede pública de ensino cumulado com o benefício

da pensão, sendo este o motivo determinante de não ter requerido à Administração Militar, formalmente, o aludido benefício após o falecimento de sua mãe.

Em relação ao argumento da DPU de que deveria ser aplicada a atenuante da confissão espontânea prevista no artigo 72, inciso III, alínea "d", do CPM, igualmente falece razão ao Órgão de Defesa Pública.

A atenuante da confissão espontânea é reconhecida quando evidenciada a contribuição efetiva da Acusada para o esclarecimento do fato criminoso, hipótese que não se configurou no presente caso, haja vista que a autoria do crime não era ignorada nem atribuída a terceiro.

Além disso, os autos demonstram que somente a Ré poderia ter perpetrado a prática delituosa, posto que, desde a fase inquisitorial, era a única suspeita do cometimento do delito.

Sobre o tema, destaco a lição de Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual "(...) demanda-se seja a autoria do crime ignorada ou imputada a terceiro. Dessa forma, o réu estaria colaborando, efetivamente, com o Estado para a apuração do delito (...)" (*Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 152).

Em situação semelhante, esta Corte Castrense assim decidiu:

> (...) As atenuantes do comportamento meritório e da confissão não são aplicáveis quando, respectivamente, o comportamento do réu é o esperado na vida civil ou castrense e quando a autoria do delito não é mais ignorada, em função das outras evidências produzidas (...) (Apelação nº 81-72.2009.7.02.0102/SP, Relator: Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, DJe: 5/9/2011) (Grifos nossos).

Conforme destacou o *Custos Legis* (fl. 424):

> (...) tal pleito não possui cabimento, tendo em vista que, em um primeiro momento, a apelante argumentou que sua mãe estava internada em um hospital, conforme se verifica às fls. 185/186, só vindo a confirmar o cometimento do crime quando sua autoria já não era mais ignorada, não havendo que se falar na aplicação da referida atenuante (...) (Grifo nosso).

Por tais razões, não reconhecida a atenuante pretendida pelo Órgão defensivo, cujo objetivo era o de reduzir a reprimenda aplicada em primeira instância para o mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, resta prejudicado o pleito formulado pela Defensoria Pública da União relativo ao reconhecimento da prescrição retroativa, por aplicação subsidiária do art. 115 do Código Penal comum.

Ainda assim, impende salientar que nem mesmo o reconhecimento da aludida atenuante socorreria a Acusada, porquanto a tese defensiva não encontra

guarida nesta Justiça Especializada. Como bem salientou o Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 447/448):

> (...) ainda que reconhecida a incidência da confissão espontânea como atenuante na segunda fase da dosimetria da pena, a permitir a fixação da pena no seu *quantum* mínimo de 2 anos de reclusão, não ocorrerá a **prescrição retroativa** da pretensão punitiva como pleiteado pela Defesa.
>
> De fato, mesmo com a aplicação do prazo prescricional em 4 em vez de 8 anos, obtida, a partir da diminuição sobredita, não haverá a redução pela metade desse prazo em face da idade da Apelante, pois o CPM contém regra especial, diferenciado em relação à previsão do CPB, exigindo o diploma repressivo militar que para a redução em tela o agente deveria ser maior de 70 anos ao tempo do crime.
>
> Não se cuida, portanto, de uma questão de isonomia ou de regra voltada à proteção do idoso, mas sim de um conflito apenas aparente de normas, entre o que disposto no CPB em cotejo com o CPM, a ser solucionado com a aplicação do princípio *lex specialis derogat generali* (...) (Grifo no original).

Além disso, esta Corte Castrense possui entendimento consolidado segundo o qual:

> (...) não há possibilidade jurídica de se declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal (...) mediante a aplicação do art. 115 do CP comum, considerando que o Código Penal Militar possui regra específica para o criminoso que se encontra em idade avançada, na data do crime (...) (Embargos de Declaração nº 51-45.2006.7.01.0401/DF, Relator: Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, DJe: 7/11/2013).

Refutadas as teses defensivas e comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade, não merece reparo a Sentença condenatória proferida pelo Colegiado Julgador de primeiro grau.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar, suscitada pela Defensoria Pública da União, de nulidade, por incompetência da Justiça Militar da União. **No mérito**, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 18 de abril de 2017 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Apelação Nº 44-66.2013.7.10.0010-CE

Trata-se de Apelação interposta pela Defesa da civil MARIA CARMEM LIMA FALCÃO contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª Circunscrição Judiciária Militar, de 28/7/2016, que a condenou pela prática do crime de estelionato à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, como incursa no art. 251 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional aberto.

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

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA JULGAMENTO DE CIVIL

A Magna Carta, em seu art. 124, embora não explicite a matéria competencial a ser julgada pela Justiça Federal Castrense, prescreve ser este o foro competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, valendo-se do critério *ratione legis*. Nesses termos, o Poder Constituinte Originário deixou ao alvedrio da legislação infraconstitucional a delimitação do objeto sobre o qual a Justiça Militar exercerá sua jurisdição.

Tal como colocado, e em estrita observância à Lei Maior, crime militar é o previsto como tal pelo Código Penal Castrense. Este, por sua vez, não se limitou a descrever como delitos de competência da Justiça Penal Especial somente aqueles considerados "estritamente militares".

O Diploma Substantivo abarcou, igualmente, os crimes impropriamente militares. Consoante o magistério de Jorge Alberto Romeiro[155], trata-se de ilícitos "comuns em sua natureza, cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou militar), mas que, quando praticado por militar em certas condições, a lei considera militares", além de todos os "praticados por civis que a lei define como militares", à exceção do de insubmissão.

Por tal razão, incidem, no caso *sub examine*, as disposições do art. 9º, inciso III, alínea *a*, do CPM, *litteris*:

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
>
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar.

[155] ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar (Parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 68.

Ressalte-se que a Justiça Castrense não tem por escopo julgar militares ou definir crimes não previstos pelo direito penal comum. Sua finalidade é proteger as Forças Armadas e, por consequência, a soberania estatal e o Estado Democrático, tão acutilado pela crescente criminalidade, independentemente da qualidade do agente, se civil ou militar. Daí o critério adotado pela Constituição Federal de 1988 ter sido o *ratione legis*, e não o *ratione personae*. Isso porque nenhum dos outros critérios definidores de competência é hábil a contemplar, isoladamente, todas as hipóteses em que a agressão ao bem jurídico tutelado afeta direta ou indiretamente o Exército, a Marinha e a Aeronáutica.

Nesse sentir, o inciso IV do art. 109 da *Lex Fundamentalis*, ao estatuir a competência dos Juízes Federais para processar e julgar as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, ressalvou a competência da Justiça Militar da União quando a ação delituosa afetar, nos termos da jurisprudência do STF, "de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares que constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados" (*Habeas Corpus* nº 106.171, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 14/4/2011).

De outra banda, salientem-se algumas características da Justiça Militar do Brasil, citadas em parecer pelo Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza, nos autos da Apelação nº 27-09.2009.7.02.0102, que efetivamente lhe confere legitimidade de um juízo natural, *ex vi* do art. 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV, da Carta Maior, *in litteris*:

> (...) a Justiça Militar do Brasil, é a única dentre os países da "civil law", no bloco ocidental, que além de integrar o Poder Judiciário (com todas as garantias e exigências que lhe são inerentes), é composta por Magistrados civis, bacharéis em Direito, concursados e regidos pelos princípios que cercam a Magistratura. Diga-se mais, ao contrário do que se vê no Chile, e se observava na Argentina, Paraguai, entre outros, tem como órgão acusador, não um militar de carreira, um Oficial, mas um civil, Membro do Ministério Público da União. Consequentemente, a Justiça Militar não é uma Corte Marcial, um tribunal de exceção, nem uma justiça dos militares ou para os militares. O então Ministro do STM, Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, ao comentar os resultados do Seminário Internacional – realizado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, no Palácio do Itamaraty, em Brasília/DF, para debater a aplicação do Direito Penal Militar, asseverou:
>
> Hoje, é opinião assente que a Justiça Militar da União, no Brasil, funciona a partir de regras internacionalmente reconhecidas, assegura a igualdade de todos perante a lei, respeita os princípios do Estado Democrático de Direito e observa os direitos humanos.
>
> Ademais, encontra-se expressamente previsto nos diversos diplomas legais pátrios, os meios jurídicos disponíveis para que a Suprema Corte possa conhecer, em grau de recurso, dos feitos julgados no âmbito da

> Justiça Militar da União, o que, de fato, tem ocorrido com razoável frequência.
>
> No campo histórico constitucional, cabe ressaltar que, desde a Carta Política de 1934, todas as demais Constituições Federais têm firmado a submissão dos civis à jurisdição da Justiça Militar da União, quando praticarem crime de natureza militar, expressamente previstos em lei. Igualmente, fê-lo o Constituinte de 1988.

Firme é o posicionamento deste Tribunal Superior ao assentar o foro Castrense quando o crime é perpetrado por civil contra o patrimônio sob a administração militar. Confira-se o seguinte julgado:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 240, *CAPUT*, DO CPM. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 77 E INCIDÊNCIA DAS ALÍNEAS "A"; "B" E "C" DO ART. 78, AMBOS DO CPPM. NÃO CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. No caso *sub examine* estão presentes os requisitos do art. 77 do CPPM. **Constitui crime da competência da Justiça Militar da União efetuar saques de valores de pensão depositados indevidamente na conta de ex-pensionista do Exército, conforme previsto no art. 9º, inciso III, alínea "a", do CPM. A União não se caracteriza como a Instituição prejudicada quando o valor indevidamente sacado está sob a responsabilidade das Forças Armadas**. O princípio da insignificância não pode ser aferido em confronto com o patrimônio nem contra os valores sob a guarda da Administração Militar da União. A aplicação da prescrição antecipada, no âmbito da Justiça Militar da União, revela-se incabível diante da falta de previsão legal e do entendimento pacificado neste Tribunal, bem como pelo STF. Não se aplica a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) na Justiça Militar da União, por ser incompatível com os princípios basilares que regem as Forças Armadas (Súmula 9 do STM). A incursão no art. 251 do CPM não se dá somente pela omissão dolosa do óbito do pensionista, mas, também, pelo saque e a utilização dos valores indevidamente depositados na conta do ex-pensionista, conforme a parte final do *caput* do referido artigo e a jurisprudência desta E. Corte Castrense. O tipo penal do art. 251, *caput*, do CPM (estelionato), crime impropriamente militar, não tem a qualidade de militar como elementar do tipo, podendo, assim, ser praticado por civis. Recurso provido. Decisão unânime. (Recurso em Sentido Estrito nº 59-69.2012.7.10.0010, Relator Ministro Alvaro Luiz Pinto, DJe de 9/10/2014) (grifo nosso).

Alfim, chancelando o exposto, jurisprudência do Pretório Excelso, segundo a qual a competência penal da Justiça Especial Federal não se limita aos integrantes das Forças Armadas, mas também aos civis, mesmo em tempos de paz, desde que estes atuem nas circunstâncias expressamente elencadas pelo art. 9º da Lei Material Castrense:

"HABEAS CORPUS" - CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO - INFRAÇÃO PENAL PRATICADA POR MILITAR FORA DE SERVIÇO CONTRA POLICIAL MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO. OS CRIMES DE RESISTÊNCIA, LESÕES CORPORAIS LEVES E DESACATO QUALIFICAM-SE COMO DELITOS MILITARES EM SENTIDO IMPRÓPRIO. - O ordenamento positivo, ao dispor sobre os elementos que compõem a estrutura típica do crime militar ("essentialia delicti"), considera, como ilícito castrense, embora em sentido impróprio, aquele que, previsto no Código Penal Militar – e igualmente tipificado, com idêntica definição, na lei penal comum (RTJ 186/252-253) –, vem a ser praticado "por militar em situação de atividade (...) contra militar na mesma situação (...)" (CPM, art. 9º, II, "a"). - A natureza castrense do fato delituoso – embora esteja ele igualmente definido como delito na legislação penal comum – resulta da conjugação de diversos elementos de configuração típica, dentre os quais se destacam a condição funcional do agente e a do sujeito passivo da ação delituosa, descaracterizando-se, no entanto, ainda que presente tal contexto, a índole militar desse ilícito penal, se o agente não se encontrar em situação de atividade. Hipótese ocorrente na espécie, eis que os delitos de resistência, lesões leves e desacato teriam sido cometidos por sargento do Exército (fora de serviço) contra soldados e cabos da Polícia Militar (em atividade). 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 – 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**. 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". CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO CARÁTER ESTRITO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS-MEMBROS. - A jurisdição penal dos órgãos integrantes da estrutura institucional da Justiça Militar dos Estados-membros não se estende, constitucionalmente, aos integrantes das Forças Armadas nem abrange os civis (RTJ 158/513-514, Rel. Min. CELSO DE MELLO), ainda que a todos eles haja sido imputada a suposta prática de delitos militares contra a própria Polícia Militar do Estado ou os agentes que a compõem. Precedentes. (Habeas Corpus nº 83.003, Relator Ministro Celso de Mello, DJe de 25-4-2008) (grifo nosso).

Ex positis, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União para o julgamento de civil.

MÉRITO

Não merece reparo a Sentença *a quo*.

Consta dos autos que a sentenciada deixou de comunicar o óbito da genitora e, valendo-se do concurso de terceira pessoa, Srª Inocência Pontilia Moura de Almeida, que fazia se passar pela falecida, manteve a Administração Militar em erro por 17 anos e 9 meses, causando um prejuízo ao erário de R$ 246.375,78 (duzentos e quarenta e seis mil, trezentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos).

Os fatos narrados na Denúncia e comprovados nos autos reúnem todos os elementos do tipo penal previsto pelo art. 251 do CPM, sabido ser a figura típica do estelionato a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento.

Na espécie, a prova é farta a demonstrar a intenção delitiva na conduta da apelante, prolongada por mais de 17 (dezessete) anos, graças à fraude na documentação da Srª Dalila Rosa de Lima Falcão e a utilização da Srª Inocência Pontilia Moura de Almeida, que se dirigia anualmente ao Órgão Pagador para fazer o recadastramento.

A materialidade restou sobejamente demonstrada pela Certidão de Óbito, datada de 26/10/1995, tendo como declarante a acusada (fl. 8 do Apenso 1), pelo Ofício do Banco do Brasil informando a insuficiência de fundos para reversão ao Erário (fl. 10), pelos Laudos Periciais (fls. 120/123 do Apenso 1 e fls. 361/366 do Apenso 2) e pela Quebra de Sigilo Bancário (fls. 170/329 dos Apensos 1 e 2).

Quanto à alegação da Defesa de que a ré teria direito ao benefício à época do óbito do segurado instituidor, o Órgão Pagador informou que ela nunca requereu junto à OM a habilitação na pensão deixada pela Dalila Rosa de Lima Falcão, viúva do servidor civil Mariano Pereira Falcão. A Administração

Militar revelou, outrossim, que a recorrente não fazia jus ao benefício, *ex vi* do parágrafo único, inciso II, "b", do art. 5º da Lei nº 3.373/58, por se tratar de servidora pública estadual (professora aposentada) (fl. 279).

Ora, mesmo que se pudesse discutir no Juízo Cível/Previdenciário eventual dependência econômica existente entre a acusada e seus genitores, descabe, na seara criminal, qualquer ingerência neste sentido.

O fato é que ela nunca se valeu dos meios legais para a obtenção da pensão, mas de fraude, claramente descoberta pela escrivã do 1º Cartório Cível, Rita Moura Veras, conforme depoimento constante da mídia digital à fl. 227.

Indene de dúvidas de que a sentenciada angariou para si quantias que não lhe pertenciam, causando prejuízo ao Exército, estando latente o elemento subjetivo do injusto, consubstanciado na vontade direta e consciente de obter vantagem, conhecedora da origem da verba e de não possuir qualquer direito sobre ela.

As jurisprudências citadas pela Defesa não lhe socorrem. Como bem apontou a PGJM, os precedentes dizem respeito aos questionamentos sobre o estado civil da beneficiária (solteira x divorciada) e sobre a possibilidade de opção das filhas solteiras detentoras de cargo público pela remuneração da pensão ou pelo salário, o que não se adéqua à espécie.

Concernente à atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea *d*, do CPM ("confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem"), não há como acolher o pleito defensivo, por igual.

O tratamento da confissão espontânea no âmbito do Diploma Castrense diferencia-se do conferido no Código Penal comum. Aqui, para ser aplicada, pressupõe que a autoria delitiva seja ignorada ou imputada a outrem. Não basta a simples confissão espontânea, mas que dela seja possível o esclarecimento de dúvida acerca da autoria.

Confira-se o magistério de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger:

> Conhecida como confissão espontânea, ou seja, sem necessidade de estímulo externo ao agente levando ao esclarecimento do delito que fora imputado a outra pessoa ou que tenha sua autoria ignorada, não bastando a confissão em um crime praticamente esclarecido[156].

E Enio Luiz Rossetto:

> A atenuante da confissão, para que seja aplicada, pressupõe que a autoria do crime seja ignorada ou imputada a outrem. (...) O fundamento da atenuação está na "necessidade de valorar positivamente a conduta do

[156] *Op. cit.* p. 504.

> agente que toma a iniciativa de procurar, por conta própria, as autoridades (...), poupando-as de complexas e às vezes difíceis investigações para chegar à autoria e abreviando, desse modo, em benefício da administração da Justiça, a celeridade dos respectivos procedimentos", pois a autoria do crime era ignorada, desconhecida da autoridade, ou imputada a outrem, inocente[157].

Veja-se, por oportuno, o posicionamento pacífico desta Casa Superior de Justiça Militar:

> PENA-BASE. DOSIMETRIA. REDUÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, correta a exasperação da reprimenda-base, tudo em consonância com o Princípio da Individualização da Pena. **2. A teor do art. 72, inciso III, alínea "d", do CPM, impossível o reconhecimento da atenuante da "confissão" quando a autoria do ilícito não for ignorada ou imputada a outrem. Precedentes desta Corte.** Decisão unânime. (Apelação nº 12-28.2005.7.04.0004, Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão, DJe de 30/11/2015) (grifos nossos).
>
> APELAÇÃO. FURTO. PRELIMINAR DE NULIDADE PELA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO NO INÍCIO DO PROCEDIMENTO. REJEIÇÃO. COMPROVADA A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO. ATENUANTES DO ART. 240, §§ 1º E 2º, DO CPM. ATENUANTE DA CONFISSÃO (ART. 72, INCISO III, ALÍNEA "D"). NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APELO DA DEFESA DESPROVIDO. PARCIAL PROVIMENTO AO DO MPM. (...) **O entendimento desta Corte Superior Castrense é o de que a confissão realizada perante autoridade, quando a autoria do crime não é ignorada nem atribuída a outrem, repele a atenuante prevista no artigo 72, inciso III, alínea "d", do Código Penal Militar**. (...) Provido parcialmente o Recurso do MPM, por maioria. (Apelação nº 15-78.2009.7.06.0006, Ministro Relator Alvaro Luiz Pinto, DJe de 2/7/2015). (grifos nossos).
>
> EMENTA: APELAÇÃO. ROUBO DE ARMAMENTO E MUNIÇÃO PRATICADO POR CIVIS E MILITAR EM QUARTEL DO EXÉRCITO. RECEPTAÇÃO. PREVARICAÇÃO. ATENUANTES. COMPORTAMENTO MERITÓRIO. CONFISSÃO. (...) 5. **As atenuantes do comportamento meritório e da confissão não são aplicáveis quando, respectivamente, o comportamento do réu é o esperado na vida civil ou castrense e quando a autoria do delito não é mais ignorada, em função das outras evidências produzidas**. (Apelação nº 81-72.2009.7.02.0102, Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira, DJe de 5/9/2011). (grifos nossos).
>
> EMENTA: ROUBO QUALIFICADO. ARMA PERTENCENTE ÀS FFAA. VÍTIMA SENTINELA. PROBLEMAS FINANCEIROS. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. TEMPESTIVIDADE.

---

[157] *Op. cit.* pp. 360/361.

> INTIMAÇÃO. ÚLTIMA DATA. Agentes armados com arma de fogo que roubam fuzil de militar em serviço de sentinela no quartel têm confirmada a condenação por roubo qualificado. Dificuldades econômicas não caracterizam estado de necessidade nem se as admite como justificativa para prática de condutas ilícitas. Antecedentes criminais (inquéritos), a gravidade do crime, as consequências dele decorrente (não recuperação da arma) autorizam aplicação da pena acima do mínimo legal, apesar da primariedade do réu. **Confissão espontânea – atenuação não caracterizada quando já revelada a autoria do crime.** Tempestividade confirmada. A intimação da sentença condenatória é feita tanto ao réu como ao advogado, contando-se o prazo recursal da data da última intimação feita. Preliminar rejeitada. Sentença reformada em parte. Aplicada a atenuante da menoridade. Parcialmente provido um dos apelos e improvido outro. Unânime. (Apelação nº 2007.01.050629-2, Relator Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo, DJ de 22/5/2009) (grifos nossos).

Para além, não há que falar em prescrição retroativa, devido à inaplicabilidade da atenuante acima referida. Mas, ainda que incidisse *in casu*, o art. 129 do CPM considera a idade que o agente possuía ao tempo do crime e não, como no Código Penal, a data da Sentença condenatória. Inaplicável a Súmula do STJ ao regramento castrense por serem distintos os diplomas legais.

Dessa forma, cabalmente demonstrado o delito imputado à recorrente, inexistindo circunstâncias a atenuar a sanção.

Posto isso, voto pelo conhecimento e desprovimento do Apelo Defensivo, para manter inalterada a Sentença *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 18 de abril de 2017.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministra-Revisora

APELAÇÃO Nº 95-43.2014.7.10.0010-CE

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

Revisor: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Apelante: O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Rafael Pereira Carneiro, Civil, do crime previsto no art. 290, *caput*, do CPM.

Apelada: A Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, de 5/5/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. ART. 290 DO CPM. POSSE DE ENTORPECENTE (COCAÍNA) EM ÁREA MILITAR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ERRO DE FATO CARACTERIZADO. DESPROVIDO O APELO MINISTERIAL.

Consta dos autos que o agente, civil, ingressou clandestinamente na Unidade Militar, portando 0,10g (dez centigramas) de cocaína.

Apesar de a autoria e a materialidade restarem comprovadas, o mesmo não pode ser afirmado quanto à existência de dolo.

Verifica-se dos autos que o ingresso do Acusado em área militar ocorreu na madrugada, enquanto se encontrava fugindo de imaginários algozes, provavelmente após ter feito uso de entorpecente.

Conforme Auto de Prisão em Flagrante, não havia sinalização a demonstrar que se tratava de área militar e tampouco o muro se amoldava aqueles que, de regra, cercam instalações militares, já que era uma construção baixa e sem ofendículas.

O presente caso se amolda perfeitamente ao instituto do erro de fato, disciplinado no art. 36 do CPM, eis que a conduta foi praticada pelo agente supondo a inexistência de elemento constitutivo do tipo penal, ou seja, que o local era "área sob administração militar". Difere, em muito, daqueles outros que chegam à análise desta Corte, em que os réus, de modo livre e consciente, levam consigo entorpecentes para o interior da OM, mesmo sabendo da ilicitude de sua conduta, máxime por saber que se trata de local sujeito à administração militar.

É mister para um edito condenatório a prova inconteste de que o agente agiu com dolo de praticar a conduta descrita no tipo penal. Na hipótese, não restou comprovada a vontade livre e consciente de introduzir substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar.

Desprovido o apelo defensivo. Maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, negou provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público Militar, para manter na íntegra a Sentença absolutória recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor), Cleonilson Nicácio Silva, Odilson Sampaio Benzi e Francisco Joseli Parente Camelo davam provimento ao Recurso ministerial, para, reformando a Sentença recorrida, condenar o Civil Rafael Pereira Carneiro à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no artigo 290, do Código Penal Militar, concedendo ao Apelante o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nos termos do art. 84 do CPM, o qual deverá cumprir, com exceção da alínea "a", as condições do art. 626 do Código de Processo Penal Militar, 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 aberto para o início do cumprimento da pena. O Ministro-Revisor fará voto vencido. Presidência do Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 18ª Sessão, 29/3/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo *Parquet* das Armas contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, que absolveu o Civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO do delito do art. 290, *caput*, do CPM.

Narra a exordial acusatória que:

> (...) Segundo consta no auto de prisão em flagrante, no dia 8 de dezembro de 2014, por volta das 02:30 horas, o ora denunciado, de forma livre e consciente, penetrou de forma clandestina na área do Quartel General da 10ª Região Militar, lugar sujeito à administração militar, pulando o muro externo, na altura da Praça dos Mártires.
>
> Já no interior da área da 10ª Região Militar, enquanto o denunciado se deslocava no pátio esquerdo em direção à muralha, foi visto pelo Soldado Antônio Roberto Almeida Marinho, que se encontrava no serviço de sentinela do posto Barricada, ocasião em que este realizou a abordagem.

> Logo após a abordagem, a equipe de serviço do QG da 10ª Região Militar, composta pelo 1º Sargento Rogério Nogueira Loiola e pelo Soldado Antônio Maximiliano Pereira de Oliveira, chegou ao local e proferiu voz de prisão em desfavor do denunciado. Ao realizar a revista do denunciado, a equipe de serviço observou que este, de forma livre e consciente, portava um papelote de cor branca, contendo 0,10 (dez centigramas) de pó branco, que, por meio de perícia juntada às fls.121/126, constatou-se tratar de COCAÍNA, substância entorpecente constante na lista da Portaria nº 344-SVS/MS, de 12 de maio de 1998, publicada no DOU em 1º de fevereiro de 1999, que elenca as substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil.
>
> Assim agindo, o denunciado incidiu nas penas do artigo 302 c/c 9º, inciso I, 2ª parte, e 290, *caput*, c/c 9º, inciso I, parte 1ª, na forma do artigo 79, todos do Código Penal Militar, de modo que o Ministério Público Militar requer que a presente exordial acusatória seja recebida e autuada, com a convocação do Conselho Permanente de Justiça para o Exército e a citação do civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO para responder a presente ação penal militar, sendo este ao final julgado e condenado, na forma da Lei (fls. 02/04).

A Denúncia foi oferecida com base no APF, do qual constam os principais documentos, todos no Apenso 01: Nota de Culpa (fls. 07; 43); Termo de Apreensão (fl. 45); Laudo de Exame de Corpo de Delito (fls. 61/62); Relatório (fls. 74/76); Decisão – Liberdade Provisória (fl. 22); Alvará de Soltura (fl. 26); Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 121/129); Prontuário Civil e Antecedentes Criminais (fls. 94/98 do Apenso 1); Certidão de Antecedentes Criminais (fls. 107/110); Laudo Definitivo de Perícia Criminal Federal (fls. 121/126).

Em manifestações de 9 de dezembro de 2014, o Ministério Público Militar requereu a concessão da liberdade provisória do civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO (fls. 15/17 – Apenso 01), o qual foi acolhido pelo Juízo sendo expedido em seguida o Alvará de Soltura (fl. 26 – Apenso 01).

O civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO foi posto em liberdade em 10 de dezembro de 2014 (fl. 26 – Apenso 01).

A Denúncia foi recebida em 24 de março de 2015 (fls. 06/07).

O Acusado não foi citado em virtude de não ser encontrado no endereço indicado no Mandado (fls. 30/30-v). Na data marcada para audiência de qualificação e interrogatório, 22/4/2015, o *Parquet* requereu a citação editalícia, que foi deferida (fls. 32/35). A citação por edital ocorreu às fls. 51/52.

Em nova audiência designada para a oitiva do Réu e das testemunhas arroladas pelo MPM (fls. 69/70), o Acusado manteve-se ausente, sendo realizada a inquirição das testemunhas 1º Sgt ROGÉRIO NOGUEIRA LOIOLA (fls. 65/66) e Sd ANTONIO MAXIMILIANO PEREIRA DE OLIVEIRA (fls. 67/68).

Nesta ocasião, foi decretada a revelia do Acusado, nos termos do art. 412, c/c o art. 292, ambos do CPPM, sendo nomeada a Defensora Pública Federal como sua curadora. Diante disso, a Defesa interpôs Correição Parcial, que foi indeferida por esta Corte, na qual fui Relator para o Acórdão, motivo pelo qual me foi distribuído o presente feito por prevenção (fls. 123/139).

O MPM dispensou a oitiva da terceira testemunha. A Defesa não arrolou testemunhas (fls. 69/70).

Na fase do art. 427 do CPPM, o *Parquet* requereu diligências para fornecimento de certidão de antecedentes criminais da Justiça do Estado do Ceará, a qual foi juntada à fl. 93.

A Defesa, por sua vez, requereu diligência com o fito de saber se o Acusado está custodiado em alguma unidade prisional (fl. 76). Em resposta, a Coordenadoria do Sistema Penal – COSIPE do Estado do Ceará informou que o civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO foi beneficiado com Alvará de Soltura em 29/4/2013 (fls. 85/88).

Em alegações escritas, o *Parquet* requereu a condenação do Réu pela prática do crime previsto no art. 290 do CPM. Requereu, ainda, a absolvição do Acusado pelo delito do art. 302 do CPM, nos termos da alínea "b" do art. 439[158] do CPPM, uma vez que a alegada conduta, por si só, não constitui infração penal militar, já que é abarcada pelo tipo penal do art. 290 do CPM.

A DPU, às fls. 110/122, requereu a absolvição quanto à imputação do delito de ingresso clandestino (art. 302, CPM), pelas disposições do art. 439, "b", do CPPM. Requereu, ainda, a absolvição quanto ao tipificado no art. 290 do CPM, fundamentando na existência de estado de necessidade, bem como em decorrência de manifesto erro de fato na conduta do autor. Subsidiariamente, requereu a aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Em 23/2/2016, data marcada para julgamento, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército decidiu converter o feito em diligência, à luz do art. 296 do CPPM, a fim de que fossem determinadas novas diligências pelo Oficial de Justiça, verificando-se a possibilidade de retomada de contato com o Acusado e efetivação da citação pessoal, o que foi frustrado.

Em Sessão de julgamento de 5/5/2016, decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, julgar improcedente a pretensão punitiva e, em consequência, absolver o Réu RAFAEL PEREIRA CARNEIRO pela prática dos crimes tipificados nos artigos 302 e 290, ambos do Código Penal Militar, por não constituir o fato infração penal, com fundamento na alínea "b" do artigo 439 do CPPM.

---

[158] Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça: b) não constituir o fato infração penal.

A Sentença foi lavrada nos seguintes termos:

> (...) A materialidade delitiva do crime do Art. 290 do CPM está demonstrada no Laudo Pericial nº 1057/2014 – SETEC/SR/DPF/CE, de fls. 121/126 do Apenso, que concluiu ser a substância apreendida cocaína, entorpecente proscrito no Brasil, estando relacionada na Lista F1 da Portaria nº 344-SVS/MS de 12.05.1998, perfazendo uma massa líquida de 0,10 g (dez centigramas) e no estado que se encontra poderia causar dependência física ou psíquica. No que diz respeito à autoria delitiva e à existência do ingresso clandestino, ambas as testemunhas indicadas pelo *Parquet*, que compuseram a prova oral nos autos, foram uníssonas em suas declarações (fls. 65/68), ao confirmar os fatos imputados ao acusado na exordial. **Com efeito, embora não restem dúvidas de que o acusado praticou os elementos objetivos das condutas descritas abstratamente nos tipos penais previstos nos artigos 290 e 302, ambos no *caput*, do Código Penal Militar, há que se perquirir, por outro lado, a existência do elemento subjetivo e a possível reprovabilidade jurídica da conduta do agente. Inicialmente, cabe consignar que a integralidade dos membros do Conselho Permanente de Justiça para o Exército acolheu a tese do *Parquet* aduzida em alegações escritas, e corroborada pela defesa, ao pugnar pelo reconhecimento da subsidiariedade expressa do crime do art. 302 em face do art. 290 do CPM, de modo a implicar a absolvição do acusado pelo crime de ingresso clandestino (302 do CPM), nos termos do art. 439, alínea "b" do CPPM** (atipicidade). (...) Trata o art. 290 do CPM de crime de perigo abstrato, portanto, há que se ter o dolo de perigo e não de dano. Ressalte-se, ainda, que este CPJ não adere à corrente de presunção automática do dolo nos crimes de perigo abstrato, entendendo que este precisa estar evidenciado nos autos, sob pena de violação à ampla defesa.
>
> Para a apuração do dolo, é fundamental a consideração do contexto em que os fatos se passaram, tratando-se de valoração da prova produzida nos autos. O dolo é elemento subjetivo que não se prova diretamente, mas por induções ou deduções, a partir dos elementos objetivos do processo. (...) Neste contexto, quer pela falsa noção de que estaria ingressando na Organização Militar portando drogas, quer pelo estado de necessidade putativo, **é perfeitamente possível deduzir que o acusado, quando adentrou nas dependências da 10ª RM portando drogas, não tivesse conhecimento de que se tratava de uma Organização Militar. Portanto, ausente o conhecimento pelo réu do elemento do tipo do art. 290 caracterizador do delito: "lugar sujeito à administração militar"**.
>
> Nesse passo, vez que o erro de fato exclui o dolo, e não havendo a modalidade culposa do crime citado, dispensável a análise se o erro seria vencível ou invencível.
>
> **Assim, a ausência de dolo na conduta impõe a absolvição, nos termos do art. 439, alínea "b" do CPPM, por não constituir o fato infração penal.**

> Outras circunstâncias também adornam a inexistência de uma conduta criminosa, nos moldes descritos, tais como a pequeníssima quantidade de drogas apreendida em poder do réu, a sua cooperação e o fato de não ter reagido ao ser preso, e a ausência de prejuízo específico à rotina e à segurança do quartel. Nada obstante, desnecessário levá-las em conta, em face do reconhecimento da atipicidade citada.
>
> Deixa-se, ainda, por óbvio, de enfrentar a tese defensiva subsidiária de aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/06. (...) (fls. 179/187). (Grifos Nossos).

A Sentença foi lida e publicada em 11 de maio de 2016 (fl. 168).

Intimado no dia 16 seguinte (segunda-feira), o Ministério Público Militar recorreu, tempestivamente, em 23 de maio de 2016 (fl. 192).

Em suas razões, requereu a reforma da Sentença *a quo*, para condenar o Apelado pela prática do crime tipificado no art. 290 do CPM, nos termos da Denúncia.

Aduz, para tanto, que as argumentações utilizadas pelo CPJ para absolvição, a situação de confusão mental do Réu no momento da prisão que o levara a enxergar a ficta perseguição e o seu desconhecimento de que o local era sujeito à Administração Militar, não restaram demonstradas nos autos (fls. 198/207).

Acerca do suposto estado de confusão mental do Acusado, argumenta que não há prova cabal nos autos, pois os depoimentos trazidos não bastam para evidenciar o alegado estado. Ademais, entender de modo diverso importaria em eleger a opção contrária ao Direito Penal Brasileiro, arrimada na teoria da *actio libera in causa*. E conclui: "Com base no princípio de que a causa da causa também é causa do que foi causado, leva-se em consideração que, no momento de se embriagar, o agente pode ter agido dolosa ou culposamente, projetando-se esse elemento subjetivo para o instante da conduta criminosa".

Em contrarrazões, a Defensoria Pública da União rechaça as teses apresentadas e pugna pelo não provimento do Recurso (fls. 212/219).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 229/233, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. GIOVANNI RATTACASO, manifesta-se pelo desprovimento do Apelo Ministerial.

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

É o Relatório.

VOTO

Insurge-se a Acusação contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 10ª CJM, que absolveu o civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO do delito do art. 290 do CPM.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O MPM pugna pela reforma da Sentença sob o argumento de que os depoimentos trazidos aos autos não bastam a evidenciar que a mencionada confusão mental do Acusado o conduziu a uma "cegueira tal, a ponto de exculpá-lo" e que a alegação de que desconhecia se tratar de um aquartelamento não poderia prosperar, pois "deve-se ter em conta que ali se instala o Exército Brasileiro desde há muito, sendo conhecidamente em Fortaleza/CE um local de quartel".

Não lhe assiste razão.

Segundo consta nos autos, o civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO ingressou clandestinamente na Unidade Militar, em 8/12/2006, portando 0,10g (dez centigramas) de cocaína (fls. 121/126).

A autoria restou inconteste pela confissão do Réu e pelos depoimentos colhidos durante a instrução processual.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo Laudo Pericial nº 1057/2014 – SETEC/SR/DPF/CE (fls. 121/126 do Apenso), que concluiu ser a substância apreendida 0,10 g (dez centigramas) de cocaína, entorpecente proscrito no Brasil, relacionado na Lista F1[159] da Portaria nº 344-SVS/MS de 12.05.1998[160].

Portanto, autoria e materialidade são inquestionáveis.

No entanto, o mesmo não pode ser dito quanto à existência do dolo.

O Civil foi abordado no interior da Unidade pelo Sd ANTONIO ROBERTO ALMEIDA MARINHO, que se encontrava no serviço de sentinela. Logo após, a equipe de serviço do QG da 10ª Região Militar, composta pelo 1º Sargento ROGÉRIO NOGUEIRA LOIOLA e pelo Soldado ANTONIO MAXIMILIANO PEREIRA DE OLIVEIRA, chegou ao local e proferiu voz de prisão em desfavor do Civil.

Em sua inquirição no bojo do APF, o Acusado declarou que (fl. 36 do Apenso 1):

> (...) durante a madrugada, estava no "Oitão Preto", próximo à Casa do Turista de Fortaleza, **fazendo uso de substância entorpecente (crack)**; **que seis traficantes correram atrás do indiciado; que fugiu deles** vindo a pular o muro do passeio público próximo à Santa Casa; que

[159] Lista-F: Lista de Substâncias de uso proscrito no Brasil. F-1: Substâncias Entorpecentes.
[160] Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

> pensava que havia policiais na praça; que seus perseguidores também pularam o muro do passeio público; que por isso teve que pular o muro do quartel, mas **não sabia que se tratava do muro de um quartel,** embora soubesse que havia um quartel do Exército próximo à praça; **que pulou o muro para salvar sua vida; que seus perseguidores também teriam pulado o muro para o interior do quartel**; que o depoente correu em direção ao ônibus que estava estacionado no pátio no interior do quartel, onde ficou posicionado embaixo do mesmo por cerca de 5 minutos buscando se esconder; que quando considerou que seus perseguidores não estavam mais próximos saiu debaixo do ônibus e correu em direção à muralha em frente ao quartel com a intenção de se afastar do lugar; que sua intenção era pular o muro e continuar fugindo; que continuou correndo até o instante que foi abordado por militares, (...); que nesse momento ouviu um militar dando ordens para que ele parasse, levantasse suas mãos; que obedeceu imediatamente aos comandos, inclusive deitando-se no chão com as mãos na cabeça; que **trazia consigo um papelote branco, contendo três pedras de crack** (...) **que informou ao militar que se tratava de crack; que relatou que era usuário de crack e que havia consumido a substância pouco antes dos fatos; que não tinha nenhuma outra intenção dentro do QG, além de fugir de seus perseguidores**. (...) (grifos nossos).

Em Juízo, as testemunhas afirmaram que, no momento da prisão, o Acusado apresentava estado psíquico alterado, demonstrando estar sob efeito de droga, e que não sabia que ali se tratava de uma Unidade Militar, conforme consta nos seguintes trechos:

O 1º Sgt ROGÉRIO NOGUEIRA LOIOLA declarou (fls. 65/66):

> (...) que o acusado no momento não falava "coisa com coisa", que emitia frases desconexas, **inclusive dizendo que estava sendo perseguido**; que, no mais, lembra-se de que o acusado mencionou que havia pulado o muro do quartel uma vez que estava sendo perseguido, e **que não sabia que ali era um quartel**; (...) que o acusado **demonstrava estar sob efeito de drogas**: que o réu **não demonstrou agressividade**; que em resumo, o acusado aparentava estar no local errado e no momento errado. (Grifos nossos).

A segunda testemunha Sd ANTONIO MAXIMILIANO PEREIRA DE OLIVEIRA declarou (fls. 67/68):

> (...) que no momento (da prisão) o **réu não esboçou reação**, que ainda efetuou a revista regulamentar e encontrou um papelote que achou ser cocaína, (...), que o acusado disse que havia mais seis pessoas no interior do quartel, (...) contudo, nenhum outro civil foi encontrado; **que o acusado apresentava estar drogado**; **que o acusado disse que não sabia que ali era um quartel e que só tinha pulado o muro porque seis pessoas estavam atrás dele;** (...) que não houve qualquer indício que as seis pessoas também tivessem ingressado no quartel, **que acha ser uma alucinação do acusado**; (...) **que o acusado não apresentou qualquer agressividade ou resistência quando foi abordado e preso;** (...) (Grifos nossos).

O delito insculpido no art. 290 do CPM é doloso, ou seja, é necessário que exista a vontade livre consciente de praticar uma das condutas constantes no tipo penal.

No caso em questão é mister avaliar se era possível ao Acusado reconhecer a elementar do art. 290 do CPM, ou seja, se tinha o dolo específico de portar entorpecentes em "lugar sujeito à administração militar".

Julgo que não, pelas circunstâncias em que se deram os fatos.

Senão, vejamos.

Verifica-se dos autos que o ingresso do Acusado em área militar ocorreu na madrugada, enquanto se encontrava fugindo de imaginários algozes, provavelmente após ter feito uso de entorpecente.

Conforme constatado no bojo do APF, não havia sinalização a demonstrar que se tratava de área militar, e tampouco o muro se amoldava aqueles que, de regra, cercam instalações militares, já que era uma construção baixa e sem ofendículas.

O próprio Relatório do APF descreve que, somente após o evento, foram instaladas ofendículas, *verbis* (fls. 70/75):

> É importante destacar que, diferentemente do que se pode visualizar nas fotografias de fls. 41, no dia da invasão não havia serpentina sobre o muro, a qual foi colocada no dia seguinte ao fato, circunstância esta que facilitou o ingresso do Indiciado. Outro aspecto que não deve ser olvidado é a ausência de placas indicativas no muro na direção do Passeio Público, alertando sobre a existência de área militar, além do muro ser de baixa altura, aproximadamente 01 (um) metro em alvenaria e cerca de 0,80 centímetros de gradil, totalizando 1,80 metro.

O Acusado afirma que tinha ciência que "havia um quartel do Exército próximo à praça", mas que, no entanto não sabia que justamente aquele muro que havia pulado era o muro da Unidade Militar. E aqui há verossimilhança nas alegações e lhe socorre, pelo menos, o benefício da dúvida.

O local faz divisa com o passeio público, que é circundado por uma construção muito similar com a da Unidade. Conforme as fotografias constantes nos autos, o lugar exato indicado como sendo o de ingresso é uma divisa onde, à direita, fica o passeio público e, à esquerda, a Unidade Militar, o que é muito fácil de causar engano a qualquer pessoa, estando sob efeito de entorpecente ou não.

Como bem ressaltado na Sentença recorrida, o caso se amolda perfeitamente ao instituto do erro de fato, disciplinado no art. 36 do CPM, eis que a conduta foi praticada pelo Acusado supondo a inexistência de elemento constitutivo do tipo penal, ou seja, que o local era "área sob administração militar", *verbis*:

> Art. 36. É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

Portanto, restou claro que o Acusado não tinha a vontade de realizar o tipo objetivo.

Segundo ensina JULIO FABBRINI MIRABETE[161] sobre o tema:

> Como o dolo deve abranger a consciência e a vontade do agente a respeito dos elementos objetivos do tipo, fica ele excluído se desconhece ou se engana a respeito de um dos elementos de sua definição legal.

Veja-se que este caso muito difere daqueles outros que chegam à análise desta Corte, em que os réus, de modo livre e consciente, levam consigo entorpecentes para o interior da OM, mesmo sabendo da ilicitude de sua conduta, máxime por saber que se trata de local sujeito à administração militar.

Na hipótese, não incide sobre o Acusado o juízo de reprovabilidade suficiente exigido para uma condenação, seja porque os depoimentos são uníssonos em afirmar que ele não estava com suas condições psíquicas normais, seja porque, à época, não havia qualquer identificação ou obstáculo no local que identificasse como área sob administração militar, afastando o dolo exigido para o tipo penal.

Por fim, transcrevo trecho do Parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, que também adoto como razões de decidir, *in verbis*:

> Deveras razoáveis e equânimes as conclusões do CPJEx prolator da v. Sentença vergastada, a qual merece permanecer incólume em todos os seus termos.
>
> **Analisando-se as provas coligidas aos autos, em especial os depoimentos das testemunhas presenciais do fato *in tela* (fls. 65/68), depreende-se, de forma cristalina, que o local "invadido" pelo Apelado carecia à época de clara sinalização de que se tratava de Área Militar.** Ademais, os militares que fizeram a abordagem foram categóricos em afirmar que o então flagranteado: "não falava 'coisa com coisa', que emitia frases desconexas, inclusive dizendo que estava sendo perseguido; e que não sabia de que tal área era militar." (fl. 66).
>
> Nesse contexto, embora a conduta sob análise se amolde, em tese, ao preconizado no *caput*, art. 290, do CPM, **não há elementos nos autos de que tenha o Apelado agido com dolo, ou seja, com a vontade livre e consciente de introduzir substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar** (...). (grifos nossos).

Por essas considerações, impõe-se o desprovimento do recurso do Ministério Público Militar.

---

[161] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Comentado*. 8. ed. rev. e atual. Editora Atlas: São Paulo, 2013. p. 107.

Posto isso, nego provimento ao recurso ministerial, para manter na íntegra a Sentença recorrida pelos 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 Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em negar provimento ao apelo, interposto pelo Ministério Público Militar, para manter na íntegra a Sentença absolutória recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 29 de março de 2017 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Apelação Nº 95-43.2014.7.10.0010-CE

Votei vencido, divergindo dos meus eminentes pares, pelas razões que passo a expor.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Sentença absolutória do delito do art. 290, *caput*, do CPM, proferida em sessão de julgamento, onde o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, julgou improcedente a pretensão punitiva estatal e, em consequência, absolveu o Réu RAFAEL PEREIRA CARNEIRO pela prática dos crimes tipificados nos artigos 302 e 290, ambos do Código Penal Militar, por não constituir o fato infração penal, com fundamento na alínea "b" do artigo 439 do CPPM. A Sentença foi lida e publicada em 11 de maio de 2016.

O *Parquet* das Armas interpôs tempestivo **Recurso de Apelação**, no qual anuiu frente a absolvição da imputação do delito de ingresso clandestino, art. 302, CPM, uma vez que a alegada conduta, por si só, não constitui infração penal militar, e enfatizou o pedido de condenação no delito do artigo 290 do CPM.

Dessa forma, pugnou pela reforma parcial da Sentença *a quo*, a fim de condenar o Acusado nos termos da Denúncia, como incurso no artigo 290 do CPM, sob o argumento de que os depoimentos testemunhais não foram suficientes para demonstrar a condição momentânea de inimputável do Réu, ou evidenciar que a mencionada confusão mental do acusado o conduziu a uma "cegueira tal, a ponto de exculpá-lo" do fato de desconhecer que ali era área militar – Quartel General da 10ª Região Militar, assim informado nos autos.

Segundo consta dos autos, o civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO ingressou na referida Unidade Militar em 8/12/2006, portando 10 centigramas de um pó branco, que, segundo laudo pericial, tratava-se de cocaína.

Vislumbra-se que a autoria restou inconteste pela confissão do Réu e pelos depoimentos colhidos durante a instrução processual. A materialidade delitiva está demonstrada no Laudo Pericial nº 1057/2014 – SETEC/SR/DPF/CE, fl. 121, do Apenso. No caso, a autoria e a materialidade são inquestionáveis.

Constam, ainda, certidão de antecedentes criminais da Justiça do Estado do Ceará, juntada à fl. 93, e informações da Coordenadoria do Sistema Penal – COSIPE do Estado do Ceará, esclarecendo que o réu estava custodiado em unidade prisional e fora beneficiado com Alvará de Soltura em 29/4/2013.

O delito insculpido no art. 290 do CPM é forma dolosa de crime, portanto alberga a tese do *Parquet* Militar, bem como a aplicação da teoria da *actio libera in causa*, de que o acusado sabia tratar-se de uma área militar quando penetrou com entorpecente em recinto militar, embora estivesse mal sinalizada.

Ressalta-se que o Acusado é natural de Fortaleza, assim pressupõe-se que conhece o local onde reside, sendo que a referida Unidade Militar está instalada na região há anos. Desse modo, incide sobre o Acusado o juízo de reprovabilidade, pois o fato de estar embriagado ou sob efeito entorpecente por si só não excluem a culpa/dolo da conduta.

Conclui-se que o fato é típico, antijurídico e a conduta culpável, razão pela qual, nos termos do art. 297 do CPPM, a condenação se impõe.

Ante o exposto, votei pelo conhecimento e provimento do Recurso de Apelação do Ministério Público Militar, para condenar o civil RAFAEL PEREIRA CARNEIRO à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no artigo 290 do Código Penal Militar. Concedia ao Apelante o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, nos termos do art. 84 do CPM.

Superior Tribunal Militar, 27 de abril de 2017.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Ministro-Revisor

APELAÇÃO Nº 124-82.2014.7.03.0303-RS

Relator: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: Raziel dos Santos, ex-Sd Ex, condenado à pena de 12 anos de reclusão, como incurso no art. 205, *caput*, c/c o art. 70, inciso II, alínea "l", ambos do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente fechado.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 14/1/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. HOMICÍDIO. ART. 205, *CAPUT*, DO CPM. BRINCADEIRA COM ARMAMENTO LETAL. APONTAR ARMA NA DIREÇÃO DE COLEGA DE FARDA. CONDUTAS ANTERIORES QUE EXORBITARAM O DEVER DE CUIDADO DEVIDO. DOLO EVENTUAL CONFIGURADO. COMPROVADA RELAÇÃO DE AMIZADE COM A VÍTIMA. NOTÓRIA REAÇÃO DE ASSOMBRO APÓS O RESULTADO NATURALÍSTICO. FATOS QUE, POR SI SÓ, NÃO EVIDENCIAM A CULPA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS "MAIOR EXTENSÃO DO DANO" E "MODO DE EXECUÇÃO" NÃO APLICÁVEIS AO CASO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. MAIORIA.

1. Age com dolo eventual aquele que, com intuito de realizar brincadeira, insere carregador, efetua golpe de segurança e aciona gatilho, apontando o armamento, a todo tempo, contra colega de farda, levando-o ao óbito. Tais elementos indicam o rompimento da linha tênue que separa o dolo eventual e a culpa consciente, porquanto o agir do agente demonstra a assunção do risco de cometer o crime, e, dessa forma, repousa além de qualquer zona cinzenta porventura existente quando da distinção entre os tipos de elementos volitivos.

2. O fato de serem autor e vítima amigos dentro e fora da caserna, entre os quais se desconhece qualquer desavença, aliado ao claro assombro em que se quedou o Acusado após consumar o crime, não leva automaticamente à constatação da ausência de seu dolo, que, por óbvio, deve ser aferido à luz das provas dos autos. Na espécie, a despeito do afeto existente entre os militares em questão, o conjunto probatório informou a presença do dolo eventual.

3. Homicídio simples cometido com um único disparo de arma de fogo não justifica a exasperação da pena em função da "extensão do dano".

4. A reprimenda deve ser minorada quando os elementos dos autos não corroboram a fundamentação apontada pela sen-

tença condenatória para justificar a utilização da circunstância judicial "modo de execução" em prejuízo do Acusado.

5. Sentença reformada em relação à dosimetria da pena. Apelo parcialmente provido. Maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, deu provimento parcial ao recurso defensivo, para reformar o *quantum* da pena estipulada na Sentença *a quo* e condenar o ex-Sd Ex Raziel dos Santos, como incurso no art. 205, *caput*, do CPM, à pena final de 8 anos de reclusão, com o regime prisional inicialmente semiaberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. Os Ministros Carlos Augusto de Sousa (Relator), Cleonilson Nicácio Silva e Luis Carlos Gomes Mattos determinavam, ainda, a execução provisória da pena, tão logo fosse exaurida a jurisdição desta Corte. Os Ministros José Barroso Filho (Revisor), Alvaro Luiz Pinto, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias davam provimento ao Apelo da Defesa para, reformando a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 14/1/2016, tão somente condenar, por desclassificação, o ex-Sd Ex Raziel dos Santos, como incurso no art. 206, § 1º, primeira parte, do CPM, à pena de 3 anos e 4 meses de detenção, sendo vedado o benefício do *sursis*, na forma do art. 84 do CPM, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum. O Ministro-Revisor fará voto vencido.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Hermínia Célia Raymundo. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. O Ministro William de Oliveira Barros encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 30ª Sessão, 16/5/2017).

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar perante a 3ª Auditoria da 3ª CJM denunciou o ex-Sd Ex RAZIEL DOS SANTOS pela incursão no art. 205, § 2º, incisos I, IV e VI, do CPM[162].

[162] Art. 205. Matar alguém:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. (...)
§ 2º Se o homicídio é cometido:
I- por motivo fútil; (...)
IV- à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima.
VI - prevalecendo-se o agente da situação de serviço:
Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A exordial de fls. 1-1/1-4 – vol. 1 narra, em essência, que, no dia 6/11/14, por volta das 10h30, o Acusado, que estava no seu quarto de hora compondo a força de reação do Corpo de Guarda do 3º Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado, Regimento Mallet, sediado em Santa Maria/RS, dirigiu-se ao alojamento das sentinelas com intuito de buscar um cigarro com o Ofendido, Sd Roger Lazaretti. Chegando ao local, encontrou o Ofendido sentado em sua cama, arrumando sua mochila, momento em que lhe pediu um cigarro. No entanto, o Ofendido negou alegando que não tinha, tendo o Acusado insistido: "(...) Vai ratiar? Não vai me dar um cigarro?".

Diante de uma segunda negativa do Ofendido, o Acusado o ameaçou, apontando a arma em sua direção. Ao perceber tal comportamento, o Ofendido pediu para que ele parasse de apontar o fuzil. Contudo, o Acusado, não atendendo ao apelo, deu dois golpes de segurança no fuzil, apertou o gatilho e efetuou um disparo que acertou fatalmente o Ofendido, ocasionando sua morte imediata.

Encontram-se acostados aos autos os seguintes documentos principais: Auto de Prisão em Flagrante (fls. 6/16, vol. 1); Termo de Apreensão (fl. 29, vol. 1); Atestado Médico do Ofendido (fl. 34, vol. 1); Laudo Pericial – Necropsia (fls. 83/84, vol. 1); Exames Residuográficos (fls. 217/218 e 220/221, vol. 1); Alvará de Soltura (fl. 240, vol. 1); Laudo Pericial nº 001/2015 (fls. 302/347, vol. 2); Antecedentes Policiais e Judiciais do Acusado (fls. 440/443 e 445, vol. 2).

A Denúncia foi recebida no dia 18/11/2014, conforme Decisão de fls. 66/71, vol. 1. Também, por intermédio dessa Decisão, o Juízo determinou que fosse mantida a prisão preventiva do Acusado.

O Acusado foi devidamente citado (fl. 147, vol. 1). Em seu Interrogatório, declarou que realmente efetuou o disparo, porém não era sua intenção atingir o Ofendido, pois estava apenas brincando com o armamento, como era de seu costume. Declarou, ainda, que era seu amigo íntimo e que:

> (...) o Sd LAZARETI encontrou-se com o interrogando e estava se preparando para deixar o serviço; que, nesse encontro, o interrogando pediu um cigarro a LAZARETI, o qual confirmou que lhe daria; que como LAZARETI não tivesse voltado com o cigarro, o interrogando resolveu ir buscar o cigarro com o mesmo, dirigindo-se até o alojamento da guarda, sendo que nesse trajeto foi brincando com o fuzil, (...); que ao entrar no alojamento encontrou o Sd LAZARETI em sua cama, (...) que de imediato o interrogando apontou sua arma de serviço ao Sd LAZARETI, esclarecendo que tinha costume de brincar com o mesmo dessa forma (...) que em seguida o interrogando abaixou sua arma e voltou a pedir o cigarro para LAZARETI, (...) no momento em que LAZARETI lhe estendia a mão com o cigarro o interrogando ergueu sua arma, apontando-a para o lado de LAZARETI dando um golpe de segurança na arma, o qual foi só até a metade, pelo que o interrogando repetiu a ação dando um segundo golpe de segurança, esse sim vindo até a retaguarda; que em seguida passou

> com o fuzil na direção do rosto de LAZARETI e em direção a outros Soldados que se encontravam mais ao fundo, sendo que um desses Soldados perguntou ao interrogando se "ele era louco", pelo que respondeu que "não tinha nada", referindo-se à munição, pois se esqueceu que a arma estava alimentada, após o que o interrogando voltou a apontar o fuzil para o rosto de LAZARETI, momento em que outro Soldado disse "você é louco mesmo?", pelo que o interrogando destravou o armamento e apertou o gatilho (...); que embora tivesse consciência que o armamento durante o serviço está sempre alimentado, esqueceu-se desse detalhe, pois ficou no banco conversando com os colegas durante um bom tempo; (...) que nunca teve qualquer desavença com o Sd LAZARETI, que era seu amigo; (...) que teve instrução completa com o armamento, tendo sido um bom atirador; que se encontra bastante arrependido de ter brincado daquela forma, pois perdeu a vida de um grande amigo, coisa que nunca pensou em fazer; (...) que tem certeza que quando estava no banco o fuzil estava com o carregador alimentado, embora tenha esquecido posteriormente desse detalhe; (...) que não pensou na munição quando deu o primeiro golpe de segurança que travou na metade, pois seu intuito era dar o golpe de segurança para fazer o barulho característico, incrementando a brincadeira; (...) que conheceu o Sd LAZARETI quando incorporou; que essa amizade se estendia a vida civil; (...) que disse que o dia estava bom para dar alteração porque o dia estava claro e bonito; que todos os dias é feita recomendação para que não se brinque com o armamento; (...) que embora saiba que ao puxar a alavanca de manejo carregando a arma vai ocorrer uma diferença de som se a arma estiver alimentada ou não, assim como uma diferença de peso também não as notou naquele momento; (...) LAZARETI não negou lhe dar o cigarro (...) (fls. 148/151, vol. 1).

O MPM arrolou como testemunhas o 3º Sgt Eduardo Toledo Vieira, o Cb Rodolfo da Silveira e os ex-Sds Alan da Silva, Ismael Fernandes de Oliveira e Luis Otávio Ribeiro Tavares.

O ex-Sd Ismael Fernandes de Oliveira declarou que:

> (...) entrou no alojamento atrás do acusado; (...) que pôde ouvir o acusado pedir um cigarro para o LAZARETI, ocasião em que RAZIEL ficou frente a frente com a vítima, a qual negou fornecimento do cigarro alegando que tinha pouco cigarro; que a partir daí o depoente não ouviu mais qualquer trecho da conversa entre ambos; que ouviu o ruído do golpe de segurança dado pelo ora acusado no armamento, sem o carregador, o que tem certeza em razão de ser um barulho diferente do golpe de segurança com o carregador na arma; que sem o carregador na arma o barulho do golpe de segurança fica mais espalhado; que a seguir, ouviu o barulho do carregador sendo introduzido na arma pelo ora acusado, e, na sequência, o barulho do golpe de segurança com o carregador na arma, (...) que em razão de ter ouvido a arma sendo carregada, o depoente começou a virar a cabeça para trás, para ver o que estava acontecendo, ocasião em que se deu o disparo, e o depoente já viu o Sd LAZARETI caindo ao chão, (...) que na sequência o depoente olhou para o ora acusa-

> do e o viu em estado de choque, (...) que não ouviu o Sd RAZIEL falar qualquer coisa após o disparo; (...) que anteriormente estavam o depoente, o ora acusado e o Cb RODOLFO sentados no corpo da guarda, e o depoente pode ouvir o Sd RAZIEL dizendo ao Cb RODOLFO que aquele dia estava bom para dar alteração; (...) que o pedido de cigarro feito pelo ora acusado e a negativa de LAZARETI foram feitos em tom de brincadeira; (...) (fls. 187/188, vol. 1).

O ex-Sd Luis Otávio Ribeiro Tavares, em juízo, afirmou que estava descansando no alojamento e escutou o Ofendido negar um cigarro ao Acusado mandando este sair fora e que essa conversa se deu em tom de brincadeira. Declarou que, após o disparo, o Acusado ficou em estado de choque e apavorado, "com a mão na cabeça, dizendo 'matei o cara'" e que sabia que o Acusado e o Ofendido eram muito amigos, brincalhões e alterados (fls. 189/190, vol. 1).

O Cb Rodolfo da Silveira, em seu depoimento, expôs que, no dia dos fatos, estava entrando de serviço como Cabo de Guarda e que o Acusado compunha a Força de Reação e se encontrava no banco do Corpo da Guarda, local onde ouviu o Acusado dizer que aquele dia era bom para dar alteração, mas entendeu essa frase como uma brincadeira. Afirmou que viu o momento em que o Acusado se levantou do banco e entrou no corredor que dá acesso ao alojamento, mas pensou que ele estivesse indo ao banheiro, pois não lhe pediu autorização. Disse, ainda, que sabia que o Acusado e o Ofendido eram amigos e soldados alterados, mas que nunca teve problemas com ambos durante os seus serviços (fls. 191/192, vol. 1).

O 3º Sgt Eduardo Toledo Vieira declarou, em juízo, que, no dia dos fatos, estava entrando de serviço como Comandante de Guarda, recebendo e distribuindo munição dentro do seu alojamento e que só tomou conhecimento do disparo ao ouvir um forte barulho, que ocorreu 5 (cinco) minutos após o Ofendido lhe entregar sua munição. Declarou, ainda, que foi o responsável pela prisão do Acusado e que este se encontrava em estado de choque, não esboçando qualquer reação. No mais, afirmou que o Acusado não poderia ter deixado a Força de Reação sem sua autorização ou do Cabo da Guarda e que o Ofendido e o Acusado eram amigos, brincalhões e alterados e já havia presenciado os dois saindo juntos (fls. 193/194, vol. 1).

O ex-Sd Alan da Silva, ao ser inquirido por carta precatória, declarou que estava deitado no alojamento no momento dos fatos e presenciou a conversa em que o Ofendido negou cigarro ao Acusado, sendo que o Acusado, ao receber a resposta negativa, ficou insistindo e proferindo palavras de baixo calão contra o Ofendido. No entanto a conversa foi sempre em tom de brincadeira, inclusive, no momento em que o Acusado começou a dar os golpes de segurança na arma (um sem e dois com o carregador), o Ofendido continuou rindo em tom irônico, não imaginando que o Acusado fosse realmente atirar. Declarou

ainda que o Acusado e o Ofendido eram amigos desde que entraram no Quartel e sempre estavam juntos brincando e também saíam juntos para festas, não sabendo por que motivo o Acusado tinha matado o Ofendido. Negou terem os fatos ocorridos da maneira que o Acusado declarou e disse que havia escutado falar que o Acusado teria cometido o crime em função de seu cansaço, pois estava tirando muito serviço. Por fim, afirmou que, após o disparo, o Acusado entrou em pânico, travou, ficou apavorado e não conseguiu falar nada ao conversar com o psicólogo (fls. 387/400, vol. 2).

A Defesa requereu pedido de Liberdade Provisória em 6/3/2015. Aduziu que nenhum dos requisitos autorizadores da prisão preventiva estavam presentes, nem mesmo a necessidade de diligências, anteriormente apontada como razão para sua prisão (fls. 227/228, vol. 1). O Juízo, por maioria de votos, deferiu o pedido, com fundamento nos art. 270[163], c/c o art. 255[164], ambos do CPPM, expedindo Alvará de Soltura que foi cumprido em 10/3/2015 (fl. 240, vol. 1).

No prazo do art. 427 do CPPM[165], o Ministério Público Militar requereu a renovação dos antecedentes policiais e judiciais do Acusado (fl. 410, vol. 2). A Defesa, por sua vez, requereu a juntada da Folha de Alterações do Ofendido, a instauração de Incidente de Insanidade Mental relativo ao Acusado e a juntada do anexo relatório da lavra do Sgt Cleuber Rodrigo do Amarante Roggia (psicólogo) (fl. 417, vol. 2).

O Juízo deferiu a diligência requerida pelo MPM e deferiu parcialmente as requeridas pela Defesa, porquanto não assentiu com o pedido de Incidente de Insanidade Mental (fl. 419-v, vol. 2), conforme Decisão de fls. 421/424, vol. 2, sustentando que não existe dúvida razoável quanto à higidez mental do Acusado, não sendo suficiente para instaurar o incidente a mera alegação de que o agente sofra de algum distúrbio. Ademais, sustentou que o relatório trazido pela Defesa demonstra que o Acusado mostrou-se coerente com a conduta que praticou.

---

[163] Art. 270. O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade.
Parágrafo único. Poderá livrar-se solto:
a) No caso de infração culposa, salvo se compreendida entre as previstas no Livro I, Título I, da Parte Especial, do Código Penal Militar.

[164] Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) periculosidade do indiciado ou acusado; d) segurança da aplicação da lei penal militar; e) exigência das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

[165] Art. 427. Após a inquirição da última testemunha de defesa, os autos irão conclusos ao auditor, que deles determinará vista em cartório às partes, por cinco dias, para requererem, se não o tiverem feito, o que for de direito, nos termos deste Código.

O Relatório juntado pela Defesa (fl. 418, vol. 2), lavrado pelo militar e psicólogo, Sgt Cleuber Rodrigo do Amarante Roggia, relata que:

> (...) No que tange a conversa com o Sd Raziel, (...) Disse que havia feito "merda". (...) não queria ter matado o Sd Lazaretti, que numa "brincadeira" acabou matando o Soldado. (...) ele discorreu sobre o acontecido e chorou. (...) Relatou que após o tiro que causou a morte de Lazaretti, (...) pensou em se suicidar. (...) "eu ia me matar, mas aí veio a minha mãe na cabeça" e emendou "por que ela não veio na minha cabeça antes de eu atirar nele?". Estava bastante confuso, chocado, não posso garantir que estava frio, até porque frieza, naquele momento, a mim, pareceu que não teve (...).

Em suas Alegações Escritas (fls. 448/471, vol. 2), o representante do *Parquet* Castrense postulou pela condenação do Acusado, com fulcro no art. 205, *caput*, do CPM, retirando as qualificadoras presentes na Denúncia, porquanto o Acusado teria agido com dolo eventual e não direto. Argumentou o *Parquet* que a materialidade está demonstrada no atestado médico, Laudos de Necropsia e Pericial (fls. 34 e 83/84, ambas do vol. 1, fls. 302/347, vol. 2) e prova testemunhal, e que a autoria está comprovada pela confissão do Acusado, prova testemunhal e pelo exame residuográfico (fls. 217/218, vol. 1).

Quanto à culpabilidade, sustenta o *Parquet* que o Acusado agiu com dolo eventual ao demonstrar total descaso e indiferença ante a possibilidade de matar o Ofendido, ou seja, assumiu o risco do resultado, mas sem ter a real intenção de praticar o ilícito. Tal conduta se pode inferir da relação de amizade entre o Acusado e o Ofendido, que andavam sempre juntos, conforme se extrai do interrogatório do Acusado e dos depoimentos das testemunhas. Sustenta que não houve o dolo direto, pois o motivo do crime anteriormente alegado – a negativa de um cigarro por parte do Ofendido – não se verificou, sendo que a conversa que culminou com sua morte se deu em tom de brincadeira e que o próprio comportamento do Acusado após o fato demonstra a ausência do elemento volitivo, visto que, como se pode inferir dos depoimentos prestados, ele teria ficado em estado de choque ao perceber que havia matado o Ofendido.

Em relação ao esquecimento do Acusado de que o fuzil estava carregado, aduz o *Parquet* que tal alegação não justifica sua conduta, pois era um soldado treinado com qualificação suficiente para o manuseio de fuzis e que, no dia dos fatos, sabia que sua arma estava carregada, demonstrando novamente sua conduta desinteressada, assumindo o resultado morte. Ademais, sustenta que o Acusado, ao dar os dois golpes de segurança, o primeiro sem e o segundo com o carregador, pôde perceber o estado de sua arma, pois os ruídos produzidos pelos golpes de segurança e o peso da arma são diferentes quando está efetivamente carregada.

Por sua vez, a Defesa (fls. 473/487, vol. 2) pugnou pela desclassificação do crime para homicídio culposo – art. 206 do CPM[166] –, argumentando que o *Parquet* não logrou êxito em demonstrar que o Acusado agiu com dolo eventual. Pelo contrário, as provas dos autos, principalmente as testemunhais, demonstram que o Acusado, prevendo o resultado, seguiu com sua conduta porque não acreditava que o resultado morte aconteceria, pois era comum entre ele e o Ofendido ficar brincando com seus armamentos, apontando um para o outro e fingindo que iam atirar, o que lhe fez acreditar que no dia dos fatos não iria se efetivar nenhum resultado lesivo à vítima.

Ademais, sustenta a DPU que, conforme foi afirmado de maneira uníssona pelas testemunhas, a morte do Ofendido causou no Acusado um grave dano emocional, inclusive tendo entrado em estado de choque e pânico após o ocorrido, pois era amigo íntimo da vítima e não possuía com esta qualquer desavença. Esse estado de choque e apavoramento demonstram novamente que o Acusado não agiu com dolo eventual, pois, se aceitasse indistintamente o resultado, não teria reagido da forma que se portou após a consumação do crime, simplesmente porque não se importava com o possível resultado de sua conduta.

Quanto ao peso e a diferença de som do golpe de segurança sem e com o carregador, sustenta a Defesa que, apesar do treinamento feito pelos soldados, eles não se tornam exímios peritos no manuseio de fuzis. Portanto, não estaria o Acusado livre de erros. No mais, em relação ao esquecimento do Acusado de que seu armamento estava municiado, alega que esta tese é totalmente razoável, visto que nenhuma atitude do Acusado, anterior ou posterior ao ocorrido, leva à conclusão diferente.

A DPU levanta ainda uma possível dinâmica dos fatos, na qual o Acusado, sabendo do carregamento da arma, teria suposto que o tiro poderia ser facilmente desviado da vítima e atingido a parede, em função da pequena distância que o separava do Ofendido, justificando tal atitude pela sua imaturidade e reconhecida imperícia.

Por fim, pugna a Defesa, em caso de eventual condenação, pela fixação da pena-base no mínimo legal, sendo aplicadas as atenuantes do art. 72, inciso I e inciso III, alínea "d", do CPM[167], quais sejam: a menoridade e a confissão espontânea, respectivamente. Também requer o direito de recorrer em liberdade e fixação do regime inicial de cumprimento de pena em termos condizentes.

---

[166] Art. 206. Se o homicídio é culposo:
Pena - detenção, de um a quatro anos.

[167] Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
Circunstância atenuantes
I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos;
III - ter o agente:
d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem.

Em sessão de julgamento, dada a palavra às partes, estas mantiveram as suas teses expendidas em sede de alegações derradeiras (fls. 499/500, vol. 3).

No dia 14/1/2016, foi proferida sentença pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, que considerou o conjunto probatório suficiente a sustentar um decreto condenatório. Assim, por unanimidade, julgou procedente a acusação e condenou o Acusado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, com fundamento no art. 205, *caput*, do CPM. Além disso, fixou o regime inicial fechado para cumprimento de pena, com fulcro no art. 33, § 2º, alínea "a"[168], do CP, e reconheceu ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, com base no art. 527[169] do CPPM (fls. 504/537, vol. 3).

A Sentença consignou que as provas colacionadas aos autos são bastantes para demonstrar a autoria e a materialidade do delito. Quanto à culpabilidade registrou que o Acusado agiu com dolo eventual, pois, mesmo que sem intenção de efetuar o disparo e matar o Ofendido, assumiu o risco desse resultado, conforme demonstra a dinâmica dos fatos. Salienta que o Acusado, assim como os demais militares, teve instruções sobre a cautela que se deve ter com o armamento e, apesar de não ser especialista, tinha conhecimento dos procedimentos adotados no manuseio de um fuzil. Ademais, o próprio Acusado afirmou, em seu interrogatório, ser um bom atirador, bem como, por estar de serviço, tinha ciência de que sua arma deveria permanecer travada e só poderia ser carregada e destravada em caso de efetiva utilização.

Além disso, ressaltou que o Acusado, ao brincar com um armamento letal, carregado com munição real, apontando-o para seus colegas, assumiu o risco de causar dano a outrem. Salientou, ainda, que, no momento em que apontou a arma para o Ofendido e deu insistentes golpes de segurança com o fuzil carregado, previu o possível resultado, ainda que não quisesse esse fim.

Fundamenta, por fim, que o fato de o Acusado ser amigo íntimo do Ofendido e ter ficado chocado após o ocorrido não afasta o dolo eventual.

Inconformada, a Defensoria Pública da União interpôs recurso de Apelação no dia 25/1/2015 (fl. 542, vol. 3). Em suas Razões, reforça as teses expendidas em alegações escritas, pugnando pela desclassificação da conduta para o

---

[168] Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado.

[169] Art. 527 - O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978).

crime de homicídio culposo, conforme o art. 206 do CPM. Subsidiariamente, roga pela diminuição da reprimenda, fixando-se a pena-base no mínimo legal, conforme circunstâncias judiciais e a aplicação da atenuante do art. 72, inciso III, alínea "d", do CPM. Por fim, requer o prequestionamento em virtude da ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, individualização da pena e banimento das penas cruéis (fls. 545/568, vol. 3).

Em contrarrazões, o Ministério Público Militar sustenta o acerto da Sentença condenatória e pugna pela sua manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos, acrescentando que não cabe a desclassificação do crime, visto que o Acusado agiu com dolo eventual ao assumir o risco de matar seu amigo, agindo com total descaso e indiferença ante tal possibilidade (fls. 572/583, vol. 3).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, manifestou-se pelo desprovimento do Recurso, para manter a Sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos. Em seus argumentos, concorda com a tese ministerial de ter o Acusado agido com dolo eventual, pois tinha consciência de seu ato e, ainda assim, assumiu o risco do resultado ocorrido, sustentando que não são suficientes para afastar essa tese os argumentos da Defesa de que o Acusado e o Ofendido eram amigos e brincalhões. Por fim, tomando por base o recente entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC nº 126.292, no sentido de que a condenação em 2ª instância permite a execução provisória da pena, manifesta-se para que, em caso de confirmação da condenação, seja determinado o início imediato do cumprimento da pena (fls. 592/599, vol. 3).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

Intimada a Defesa.

É o Relatório.

VOTO

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

No entanto, do exame dos autos verifica-se que assiste razão parcial ao Apelante.

Conforme apurado no processo, a dinâmica dos fatos se deu da seguinte forma: no dia 6/11/2014, por volta de 10h, o Acusado, que estava de serviço compondo a força de reação do Regimento Mallet, dirigiu-se ao alojamento das sentinelas, sem autorização, com intuito de buscar um cigarro com o Ofendido. No alojamento, o Acusado inseriu o carregador no armamento e,

apontando-o para o Ofendido, deu dois golpes de segurança, o primeiro, incompleto, até a metade, e o segundo até a retaguarda. Após o segundo golpe, o Acusado destravou o fuzil e efetuou o disparo que atingiu fatalmente o Ofendido.

Inicialmente, deve-se esclarecer que o robusto acervo probatório acostado aos autos não deixou dúvidas quanto à autoria e à materialidade do fato criminoso. A confissão do Acusado, os depoimentos das testemunhas, o Atestado Médico do Ofendido (fl. 34, vol. 1), o Laudo Pericial – Necropsia (fls. 83/84, vol. 1) e o Laudo Pericial nº 001/2015 (fls. 302/347, vol. 2) evidenciam a conduta delitiva.

O Acusado e todas as testemunhas que estavam presentes no cenário afirmaram que houve o disparo de arma de fogo por parte do Acusado contra o Ofendido, dentro do alojamento das sentinelas do Regimento Mallet, organização militar sediada em Santa Maria-RS.

A Defesa, em seu pleito, requer a desclassificação do crime imputado ao Acusado, para o delito de homicídio culposo, ínsito no art. 206 do CPM. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, com a aplicação das circunstâncias judiciais e a aplicação da atenuante do art. 72, inciso III, alínea "d", do CPM.

Aduz a Defesa que é aceitável que o Acusado não percebesse a diferença de peso e de som do golpe de segurança, sem e com o carregador, pois, apesar do treinamento feito pelos soldados sobre o manuseio de armas, estes não se tornam peritos. De igual modo, salienta que era aceitável o seu esquecimento quanto à munição, pois nenhuma atitude do Acusado, anterior ou posterior ao ocorrido, leva a uma conclusão diferente.

No mais, argumenta que a conduta do Acusado amolda-se à culpa consciente em razão de ter agido acreditando que sua brincadeira não teria como resultado a morte de seu amigo, principalmente porque era comum entre eles brincarem com seus armamentos. Ademais, sustenta que a culpa se confirma no estado emocional do Acusado após o ocorrido, visto que as testemunhas que estavam presentes no local do crime afirmaram que o Acusado, depois de atirar no Ofendido, ficou em estado de choque e pânico.

Em relação ao argumento defensivo, de que era aceitável que o Acusado não percebesse a diferença de peso da arma e do som do golpe de segurança, sem e com o carregador, entendo que tal alegação não deve prosperar. O Acusado em seu interrogatório afirmou que:

> (...) embora saiba que ao puxar a alavanca de manejo carregando a arma vai ocorrer uma diferença de som se a arma estiver alimentada ou não, assim como uma diferença de peso também, não as notou naquele momento; (...) (fl. 150, vol. 1).

Contudo, a testemunha ex-Sd Ismael Fernandes de Oliveira, com 19 (dezenove) anos à época dos fatos, de quem não se tem notícia de ser especialista e que fora escalado para o mesmo serviço do Acusado, foi capaz de notar essa diferença, conforme se depreende de seu relato (fls. 187/188, vol. 1):

> (...) que ouviu o ruído do golpe de segurança dado pelo ora acusado no armamento, sem o carregador, o que tem certeza em razão de ser um barulho diferente do golpe de segurança com o carregador na arma; que sem o carregador na arma o barulho do golpe de segurança fica mais espalhado; que, a seguir, ouviu o barulho do carregador sendo introduzido na arma pelo ora acusado, e em sequência o barulho do golpe de segurança com o carregador na arma, o que pôde reconhecer por ser um barulho diferente daquele produzido sem o carregador na arma; (...).

Não é, de forma alguma, crível que o Acusado, tão familiarizado com o armamento, a ponto de com ele brincar por inúmeras vezes antes do ocorrido (fl. 149, vol. 1), considerando-se, inclusive, um bom atirador (fl. 150, vol. 1), não tenha notado o que seus pares notaram e, convenientemente, no curso da sua conduta, tenha esquecido que o armamento estava municiado.

Tanto é assim que, em virtude de estar atento, deu um segundo golpe de segurança no armamento, justamente em busca de um som específico, uma vez que o primeiro foi só até a metade, pois, em suas palavras, "(...) seu intuito era dar o golpe de segurança para fazer o barulho característico (...)" (fl. 150, vol. 1).

Ademais, além do Acusado, outras três testemunhas arroladas nos autos estavam presentes no momento do crime, são elas: os ex-Sds Alan da Silva (fls. 387/400, vol. 2), Ismael Fernandes de Oliveira (fls. 189/190, vol. 1), Luís Otávio Ribeiro Tavares (fls. 187/188, vol. 1). As duas primeiras informaram que o Acusado, momentos antes do disparo fatal, efetuou golpes de segurança, sem e com o carregador, de forma que é forçoso reconhecer que ele, no ínterim dos golpes de segurança, introduziu o carregador no armamento instantes antes de acionar o gatilho.

Por sua vez, o testemunho do ex-Sd Luís Otávio Ribeiro não trouxe qualquer informação acerca desse ponto em específico, restando, portanto, isolada a versão do Acusado de que o carregador já se encontrava introduzido no armamento desde o banco da guarda.

Assim, ficou evidenciado que o Acusado, mesmo que efetivamente não quisesse diretamente a realização do tipo penal constante em ceifar a vida de seu companheiro de farda, assentiu com esse resultado, pois, além de o fuzil estar mais pesado e ter produzido o barulho característico de uma arma alimentada, o Acusado deu dois golpes de segurança, o último até a retaguarda, certificando-se de que sua arma estava apta a atirar, destravou o fuzil e apertou o gatilho.

O conjunto probatório ora apresentado não permite conclusão distinta.

No dia do crime, o Acusado cumpria seu quarto de hora, compondo a força de reação, serviço que exige a utilização de armamento que deve permanecer alimentado (carregador alojado no fuzil), municiado (com as munições introduzidas no carregador) e com o registro de tiro e segurança na posição "safe" (travado), fato que ele mesmo admitiu ter consciência em seu depoimento (fls. 148/151, vol. 1).

O Acusado recebeu, juntamente com o fuzil, 40 munições (fls. 324 e 339, vol. 2 – Laudo Pericial), inserindo ele próprio cada uma delas em dois carregadores, alimentando em seguida o armamento.

O próprio Acusado, ao ser ouvido em juízo, afirmou saber do procedimento adotado no manuseio de um fuzil e do estado em que deve permanecer a arma enquanto o militar exerce serviço no banco do Corpo da Guarda, compondo a Força de Reação, *in verbis*:

> (...) Que embora tivesse **consciência que o armamento durante o serviço está sempre alimentado esqueceu-se desse detalhe** (...) (fl. 150, vol. 1) (Grifei);
>
> (...) Que tem certeza que **quando estava no banco o fuzil estava com o carregador alimentado** (...) que essa certeza se deu em razão de após ter efetuado o disparo ter pensado e se recordado que **assim havia agido, alimentado a arma, pois essa é uma regra de serviço**; (...) (fl. 150, vol. 1) (Grifei);
>
> (...) Que a **arma deve estar alimentada quando o componente da força de reação se encontra na hora ou no banco**; (...) (fl. 150, vol. 1) (Grifei).

Ressalte-se que, ainda que fosse aceita a versão isolada apresentada pelo Acusado no sentido que adentrou no alojamento com o carregador já introduzido no armamento, o lapso temporal que deveria ser levado em conta para aferir a plausibilidade do esquecimento por ele alegado não deve corresponder às 2h, transcorridas entre o momento em que recebeu seu fuzil, por volta das 8h (fl. 324, vol. 2), logo pela manhã, e o momento em que efetuou o disparo que atingiu fatalmente a vítima, por volta das 10h (fl. 342, vol. 2).

Consta do Depoimento do Cb Ex Rodolfo da Silveira, Cabo da Guarda no dia dos fatos, que "entre o momento em que o ora acusado entrou no corredor do corpo da guarda até o disparo, decorreram aproximadamente 15 minutos" (fl. 191, vol. 1). Esse período demonstra-se compatível com a descrição do Acusado, que teria se dirigido diretamente para o alojamento após deixar seu posto com a finalidade de pedir um cigarro à Vítima (fl. 149, vol. 1).

Ou seja, poucos minutos separaram o momento em que o Acusado deixou a função para a qual estava escalado no banco do Corpo da Guarda, que exigia a alimentação do fuzil, e o momento do disparo. Nas palavras do

Acusado: "que tem certeza que, **quando estava no banco, o fuzil estava com o carregador alimentado**, embora tenha esquecido posteriormente desse **detalhe**" (fl. 150, vol. 1). A lembrança desse "detalhe" poderia resistir a 15 minutos? Cremos que sim.

Não se pode aceitar, para justificar a mitigação da responsabilidade do Acusado, que tudo não passou de um acidente no bojo de uma brincadeira descuidada, principalmente quando se levam em consideração os altos riscos envolvidos na realização dessa alegada brincadeira, cujo resultado criminoso era previsível e, até mesmo, provável.

Infelizmente, os autos demonstram que o Acusado aceitou como possível a morte do seu amigo e ainda assim prosseguiu com sua ação. Tal conduta é capaz de causar perplexidade a qualquer ser humano e desafia a compreensão deste julgador.

Contudo, mais incompreendida e motivo para maior perplexidade seria admitir que não houve essa assunção por parte de um militar adestrado, compondo a Força de Reação, que ignorou todos os sinais que foram notados por seus pares e desferiu um tiro a uma distância que pode variar entre 30 (trinta) a 50 (cinquenta) centímetros (fl. 343, vol. 2), em direção à cabeça de seu colega de farda, após a introdução do carregador em seu armamento e certificar-se, por meio de dois golpes de segurança, e subsequente destravamento, que estaria apto a disparar. E tudo isso por que não pôde lembrar por alguns instantes que seu instrumento bélico estaria alimentado?

O fato de serem amigos dentro e fora da caserna (fls. 193/194, vol. 1), entre os quais se desconhece qualquer desavença, aliado ao claro assombro em que se quedou o Acusado após consumar o crime (fl. 188, vol. 2), não leva automaticamente à constatação da ausência de seu dolo, que, por óbvio, deve ser aferido à luz das provas dos autos. O conjunto probatório, porém, informa a presença do dolo eventual, restando unicamente a amizade entre Acusado e Vítima como aspecto que causa estranheza ao caso em concreto.

Contudo, por mais inconcebível que seja a conduta do Acusado, não pode o julgador negar a triste realidade dos autos em face de sua limitada compreensão das fronteiras da natureza humana e construir, para seu conforto, uma narrativa ditada por infortúnios e acasos.

Pelo contrário, a futilidade dos atos constantes dos autos deve ser levada em consideração quando da dosimetria de sua pena. O crime se consuma com a morte do Ofendido, de modo que o arrependimento ineficaz e posterior do Acusado não impede o reconhecimento de seu dolo eventual, mas revela somente uma reação esperada de qualquer pessoa que fosse colocada naquela situação.

A DPU argumenta, no tocante ao elemento subjetivo, que a conduta do Acusado amolda-se à culpa consciente e não ao dolo eventual. Para ela, o Acusado, apesar de prever o resultado, não acreditou que, com sua brincadeira, mataria seu amigo, o que poderia ser constatado pelo estado emocional daquele após o ocorrido.

No entanto, não é cabível ao caso o instituto acima aventado. Pelo contrário, verifica-se que a conduta perpetrada subsome-se à figura dolosa, pelos fatos já expostos, aos quais se somam os fundamentos jurídicos que a seguir exponho.

O caso traz a lume antiga discussão sobre a diferença prática entre as figuras do dolo eventual e a culpa consciente. O professor JOSÉ CIRILO DE VARGAS[170] chega a apontar ser esta distinção assaz tormentosa, porquanto ainda não se chegou a um acordo, sequer acadêmico, para afirmar, com segurança, que o agente atuou com dolo eventual ou se sua conduta não ultrapassou os limites da assunção do risco do resultado. Este é previsível em ambas as situações[171].

Num plano estritamente teórico, a delimitação entre as condutas dolosa e culposa pode parecer nítida, ademais, nas duas situações o agente tem o conhecimento ou a representação da possibilidade de ocorrência do resultado.

A doutrina de Rogério Greco[172], quando trata da diferenciação das situações jurídicas em comento, elucida que:

> Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente. Já no dolo eventual, embora o agente não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo. Na culpa consciente, o agente, sinceramente, acredita que pode evitar o resultado; no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa.

Todavia, é cediço que o dolo eventual requer um "algo a mais", um "plus", em razão de a vontade ser mais acentuada. Esse "plus", na prática, não pode ser extraído da mente do autor, mas, sim, das circunstâncias que permearam o fato. No dolo eventual não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas que a aceitação se mostre no plano do possível, provável, e isso, repita-se, deve ser extraído do contexto probante.

---

[170] Livre Docente, Doutor e professor na Graduação e na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

[171] VARGAS, José Cirilo de. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 55, p. 93-102, jul./dez. 2009.

[172] GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 261.

A culpa consciente nas palavras de Mirabete[173]:

> (...) ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera, sinceramente, que não ocorrerá. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta por entender que o evitará, que sua habilidade impedirá o evento lesivo que está dentro de sua previsão. (...).

Sobre o tema esclarece Damásio de Jesus[174]:

> Na culpa consciente o resultado é previsto pelo sujeito, que espera levianamente que não ocorra ou que possa evitá-lo (...).

Diante de tais considerações bibliográficas, percebe-se que a configuração da culpa consciente decorre da realização de uma ação que, apesar de ter como desiderato um determinado resultado, provoca outro, criminoso e previsível, que, ao entender leviano do Agente delitivo, seria evitável. Por esse viés, no caso em comento, o intento buscado seria a brincadeira, e o resultado secundário e criminoso consistiria na morte violenta da vítima, que, apesar de absolutamente previsível, o agente acreditou ser capaz de evitar.

No entanto, não se adéqua à hipótese de culpa consciente a conduta do Acusado, visto que dela não se concebe, nem em tese, ser possível evitar o resultado criminoso.

A diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual reside na importância e aceitação que o agente confere ao resultado secundário. Na culpa consciente, o agente, prevendo o resultado, crê ser capaz de se desvencilhar dele. No dolo eventual, o agente prevê o resultado e, segundo sua conduta, o aceita como possível ou provável, ou seja, assume o risco da produção do resultado.

Como o Acusado poderia impedir o resultado lesivo, uma vez que, frisa-se, inseriu o carregador, efetuou dois golpes de segurança, destravou o armamento e, por fim, disparou a uma distância de aproximadamente 50 (cinquenta) centímetros? Carece de qualquer senso de razoabilidade assumir que ele tenha acreditado nessa hipótese. Assim, mesmo que não quisesse diretamente a produção, resta certo que aceitou o resultado criminoso que, infelizmente, veio a ocorrer. Desse modo, não há que falar em culpa consciente (art. 33, inciso II, segunda parte, do CPM).

Esta Corte já se deparou com casos similares, construindo valiosas balizas que convêm expor:

---

[173] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*: parte geral – arts. 1º a 120 do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 138.

[174] JESUS, Damásio de. *Direito Penal*: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 343.

APELAÇÃO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DOLO EVENTUAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. ABSOLVIÇÃO. INCONFORMISMO DO MPM.

1- Sd Ex que adentra no alojamento chutando a porta e, após dar um golpe de segurança na arma, aponta na direção da vítima que se desvia da linha de tiro, vindo o disparo atingir a parede.

2- **O dolo eventual é aquele em que o agente, ao realizar a conduta, admite e aceita o risco de produzir o resultado, embora não tenha intenção de provocá-lo. Não é necessário que essa aceitação ou consentimento seja explícito, pois o dolo eventual é extraído das circunstâncias do evento e não da mente do autor.**

3- **O acusado, ao dar um golpe de segurança no armamento, apontar em direção a vítima e acionar o gatilho, assumiu o risco de atingi-la, agindo, assim, com dolo eventual.**

Apelo provido. Unânime.

(STM. Apelação nº 1-66.2008.7.01.0201. Relator: Alte Esq Marcos Augusto Leal de Azevedo. Julgamento: 16/3/2010. Publicação: 10/8/2010). (Grifei).

EMENTA: TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DISPARO DE ARMA DE FOGO DURANTE EXERCÍCIO DE ESTÁGIO DE INSTRUÇÃO BÁSICA. DOLO EVENTUAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DENÚNCIA NARRANDO QUE O INDICIADO LEVOU PARA O EXERCÍCIO UM PROJÉTIL DE CALIBRE 7,62MM M1 (REAL). APÓS CARREGAR SUA ARMA (FUZIL), ENQUANTO OS DEMAIS MILITARES PARTICIPANTES DO TREINAMENTO EFETUARAM DISPAROS (COM MUNIÇÃO DE FESTIM) EM DIREÇÃO À FIGURAÇÃO, O INDICIADO DISPAROU O SEU ARMAMENTO (COM MUNIÇÃO REAL) VISANDO OS FIGURANTES, QUE, POR SORTE, NÃO FORAM ATINGIDOS. ESSA CONDUTA TIPIFICA A TENTATIVA DE HOMICÍDIO POR DOLO EVENTUAL, CONSOANTE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE.

"Disparando em direção às vítimas, se não queria feri-las, assume o agente, contudo, o risco de fazê-lo, verificando-se dolo eventual" (TJSP-RT 496/258).

"**Disparando sua arma em direção à vítima e atingindo-a, não age o acusado apenas culposamente, mas sim, pelo menos, com dolo eventual. Pois se não quis o resultado, assumiu o risco de produzi-lo**" (TACRSP-RT 516/321).

A alegação do denunciado de que a sua intenção era "brincar" com os militares não exclui o elemento subjetivo do dolo eventual, eis que "age com dolo eventual e não simples culpa aquele que atira em outrem para assustá-lo, ocasionando-lhe a morte, resultado não querido, mas previsto, assumindo o risco de produzi-lo" (TJPR-RT 380/302).

Rejeitados os embargos opostos pela Defesa. Decisão majoritária.

(STM. Apelação nº 2003.01.007042-1. Relator: Antônio Carlos de Nogueira. Julgamento: 22/5/2003. Publicação: 17/9/2003). (Grifei).

Não se está aqui a olvidar que esta Corte já contemplou alguns julgados em sentido contrário, que por vezes afirmou que os delitos envolvendo vítimas fatais decorrentes de brincadeiras com armas de fogo se amoldam à modalidade culposa do homicídio, e não a dolosa. Porém, há de se ter em mente que a distinção da culpa consciente e do dolo eventual se dá no âmbito da valoração do contexto fático-probatório constante dos autos.

Por esse motivo, e independentemente de possíveis discussões acerca de decisões de julgados anteriores, no presente caso busca-se indicar o rompimento da linha tênue que separa as condutas do dolo eventual e da culpa consciente, porquanto o agir do Acusado, que consistiu em três ou mais atitudes contrárias ao propugnado pelas normas de segurança, demonstrou a eventualidade dolosa, e repousa além de qualquer zona cinzenta porventura existente quando da distinção entre os tipos de elementos volitivos.

Com efeito, não se pode ignorar ser dever do magistrado primar pela coerência do ordenamento jurídico e pela respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário, ainda mais em se tratando de uma Corte Superior. Mas, também, na mesma medida, é certo que a jurisprudência não pode fundar-se em uma concepção estática do Direito. O respeito aos precedentes não torna os fatos imutáveis, sob pena de haver o seu engessamento. Assim, faz-se sempre de bom alvitre submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, dar-lhe novos contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (*distinguishing)* ou mesmo leve à sua superação total (*overruling*) ou parcial (*overturning*).

Depreende-se, portanto, que as provas produzidas nos autos são harmônicas entre si e evidenciam autoria e materialidade do ilícito penal de homicídio doloso, como requerido na Denúncia.

Contudo, apesar de reconhecer que a conduta do Acusado melhor se amoldaria ao homicídio qualificado, ínsito no art. 205, § 2º, incisos I e VI, porquanto essas qualificadoras não são incompatíveis com a figura do dolo eventual, mantenho o entendimento da sentença do Juízo *a quo*, que o condenou pela prática do homicídio simples, art. 205, *caput*, do CPM. Ademais, mostra-se descabido agravar a pena imposta quando o recurso é exclusivamente da Defesa, conforme proíbe o princípio da *non reformatio in pejus*, previsto no art. 617 do Código de Processo Penal:

> O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, **não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença**. (grifei).

Nesse sentido, colaciono precedente do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Min. Luiz Fux, julgado em 4/10/2011, pela Primeira Turma, em sede do HC nº 101380/RS:

> Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO CONSUMADO E TENTADO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. ***NON REFORMATIO IN PEJUS*. SUBSTITUIÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DOS FUNDAMENTOS ASSENTADOS PELO JUÍZO PARA FIXAR A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL**. IMPOSSIBILIDADE DE RESTABELECIMENTO PELO STJ, EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO EM QUE AFASTADA A ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA DESFAVORÁVEL PELO TJ/RS. IMPERIOSA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. **REFORMA PREJUDICIAL CONFIGURADA**. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. O habeas corpus, assim como os recursos da defesa, sujeita-se ao princípio do *non reformatio in pejus*, mostrando-se pertinente a aplicação analógica do artigo 617 do CPP, *in verbis*: "O Tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença." 2. No caso *sub judice*, afastado pelo STJ o único fundamento utilizado pelo Tribunal de Justiça para fixar a pena-base acima do mínimo legal, cabível tão-somente fixá-la no patamar mínimo, sob pena de, em verdade, impor reprimenda superior à fixada em sede de apelação, em manifesta *reformatio in pejus*. Precedente: HC 100724/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 1/8/2011. 3. Descabe, em habeas corpus impetrado na Instância Superior, restabelecer os motivos lançados pelo Juízo para fixar a pena-base acima do mínimo legal, porquanto estes não subsistem ante a substituição por outros declinados no julgamento a apelação, sendo certo que "uma vez julgado o recurso, não mais existirá a decisão recorrida, mas apenas a do tribunal" (MARINONI e ARENHART *in* Processo de Conhecimento, 7. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 526). 4. **Em recurso exclusivo da defesa, não pode o Tribunal complementar a sentença para acrescentar fatos que possam repercutir negativamente no âmbito da dosimetria da pena**. Precedentes: HC 108562/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ de 14/9/2011; HC 105768/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/6/2011; HC 98307/MG, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 23/4/2010; HC 99925/RR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/3/2010. 5. *In casu*, o STJ, em sede de habeas corpus, restabeleceu os fundamentos utilizados pelo juízo para fixar a pena-base acima do mínimo legal, considerando desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias, fundamentos estranhos aos lançados no acórdão do TJ/RS, em nítida *reformatio in pejus*. 6. Ordem CONCEDIDA para fixar a pena-base no mínimo legal. (Grifei).

Ademais, o dolo eventual é uma das modalidades do dolo (em sentido amplo) e vem previsto no artigo 33, inciso I, parte final, do Código Penal Militar[175].

Desse modo, entendo pela manutenção da condenação imposta ao Acusado. Contudo, mostra-se **cabível a reforma do *quantum* da reprimenda imposta na Sentença**.

Pelo que passo a analisar a dosimetria do Juízo *a quo*:

Na primeira fase, o Conselho de Justiça, acerca das circunstâncias negativas, consignou:

> (...) o dano é extenso, haja vista a causação de uma morte brutal, utilizando-se de arma de guerra.
>
> Além disso, em desfavor do acusado, a prática do delito num lugar em que deveria ter maior cuidado com o manuseio daquele instrumento.
>
> No mesmo sentido, o desprezo aos colegas de farda que, diante da sua conduta apontando-lhes a arma, pediram que parasse antes que causasse o mal que acabou causando.
>
> Igualmente, o local onde se deu, alojamento da guarda, onde era proibido ingressar armado, bem como a brincadeira nefasta que empreendeu, tornam seu agir mais gravoso.

Para melhor aplicação da dosimetria da pena, faz-se necessário, desde já, identificar quais seriam as circunstâncias judiciais que corresponderiam a cada um dos argumentos eleitos na Sentença.

Nesse sentido, o primeiro parágrafo cuida da **extensão do dano**; o segundo e o quarto das **circunstâncias de tempo e lugar**; e o terceiro do **modo de execução**.

Não se pode, contudo, admitir majoração em função da **extensão do dano**. A morte da vítima foi seguida pelas consequências normais de um crime dessa natureza. Todo homicídio é "brutal", e esse não o foi em maior intensidade em relação aos outros, inclusive sendo cometido com um único tiro.

Igual destino merece a circunstância judicial referente ao **modo de execução.** A declaração do próprio Acusado de que apontou o fuzil para seus pares, por eles sendo repreendido, restou isolada nos autos e não deve ser creditada.

Por outro lado, a **circunstância de tempo e lugar** merece permanecer aplicada em desfavor do Acusado. O CPJ elencou como fundamentos para sua configuração o fato de o crime ter sido cometido (I) no interior do alojamento da guarda, (II) onde deveria ter tido um maior cuidado com o manuseio daquele instrumento e (III) em que era proibido o ingresso armado.

---

[175] Art. 33. Diz-se o crime:
I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. (grifei).

Decerto o alojamento da guarda é um local reservado ao descanso de militares, motivo que, por si só, **revela a maior vulnerabilidade associada ao local**. Tanto o é que justifica a existência de regras que proíbem a entrada no recinto com armamento e, por óbvio, o máximo cuidado daqueles que, por qualquer motivo, descumpram aquela norma.

Não se pode acatar os argumentos defensivos no sentido de que tal circunstância se confunde com a de estar o agente de serviço, que fora considerada como agravante na segunda fase, uma vez que o fato poderia ter ocorrido em outros locais da Unidade Militar menos vulneráveis. Tampouco podemos levar em conta que outros militares desrespeitaram a proibição de entrar armados no alojamento, uma vez que isso não altera em nada sua intrínseca vulnerabilidade.

Em contrapartida, reconheceu-se como circunstâncias positivas na Sentença o arrependimento posterior do Acusado e o menor grau de culpa de sua conduta, vez que fora considerada a hipótese de dolo eventual.

Restando somente uma circunstância negativa e duas positivas, há de se fixar a pena-base no mínimo legal – 6 (seis) anos de reclusão – uma vez que não se admite diminuí-la aquém desse patamar na primeira fase.

Passa-se à segunda fase.

A Sentença reconheceu a atenuante da menoridade, prevista no art. 72, inciso I, do CPM[176], por ser o Acusado menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos.

O pedido defensivo de aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista na alínea *d* do inciso III do art. 72 do CPM[177], não merece acolhida, pois essa atenuante só é aplicada quando a autoria do crime é ignorada ou imputada a outrem, o que não encontra guarida nos autos[178].

A seu turno, o juízo *a quo*, uma vez que não qualificou o crime, utilizou as figuras do motivo fútil e estar de serviço no dia do crime como circunstâncias agravantes, previstas no art. 70, inciso II, alíneas *a* e *l*, do CPM[179].

---

[176] Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos.

[177] III - ter o agente:
d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem.

[178] Precedentes do STM: Apelação nº 1-27.2016.7.10.0010, Relator Odilson Sampaio Benzi, julgamento em 4/4/2017, publicação 27/4/2017, e Apelação 65-31.2013.7.03.0303, Relator Marco Antônio de Farias, julgamento em 23/8/2016, publicação 15/9/2016.

[179] Art. 70. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime:
II - ter o agente cometido o crime:
a) por motivo fútil ou torpe;
l) estando de serviço.

No ponto, colaciono, por oportuno, julgado do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/2/2013, no RHC 114458/MS:

> EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Homicídio qualificado. Sequestro. Estupro. Dosimetria. Pretensão de redução da pena-base aplicada ao argumento de ser desproporcional às particularidades do caso. Impossibilidade. O reexame da dosimetria implicaria a análise de prova, vedada na via processual eleita. Precedentes. 1. A leitura da dosimetria levada a efeito na instância ordinária permite aferir que o Juiz de Direito da 1ª vara Criminal da Comarca de Miranda/MS não apenas atendeu aos requisitos legais, como também respeitou o princípio da individualização da pena. 2. As circunstâncias evidenciadas na espécie refletem o **entendimento da Corte, preconizado no sentido de que, "na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes"** (HC nº 85.414/MG, Segunda Turma Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1º/7/05). 3. A fixação da pena-base em 12 (doze) anos acima do mínimo legal, além de proporcional, está devidamente motivada, levando-se em conta as particularidades do caso em apreço. 4. Segundo o repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal, não se presta o habeas corpus para reexame ou ponderação das circunstâncias judiciais consideradas no mérito da ação penal. 5. Recurso ao qual se nega provimento. (Grifei).

Em função de tratar-se esse feito de Apelação exclusiva da Defesa, tal consideração não será levada a efeito na dosimetria da pena.

A atenuante da menoridade, prevista no art. 72, inciso I, do CPM, e a agravante do art. 70, inciso II, alínea *a*, que trata do motivo fútil, deixam de ser aplicadas, com fulcro no art. 75 do CPM[180], restando a agravante do art. 70, inciso II, alínea "l", que se refere ao fato de estar o Acusado de serviço no dia dos fatos[181].

Ressalte-se que a jurisprudência pátria não vislumbra qualquer incongruência entre o elemento subjetivo dolo eventual e a agravante do motivo fútil prevista pelo Diploma Castrense na alínea "a" do inciso II do art. 70. *Verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL E PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA GRAVE. PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 408 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SÚMULA Nº 284 DO STF. PEDIDO DE IN-

---

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

[181] Art. 73. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

CLUSÃO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE FOGO, AFASTADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL EM SEDE DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR Nº 283 DO STF. **COMPATIBILIDADE ENTRE O DOLO EVENTUAL E O MOTIVO FÚTIL**. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE.

1. O art. 408 do Código de Processo penal não contém comando normativo capaz de alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a improcedência das qualificadoras indicadas na decisão de pronúncia.

2. O fundamento adotado pelo Tribunal de origem, no aresto atacado, para afastar a qualificadora do emprego de fogo, restou inatacado nas razões do apelo nobre, incidindo, no particular, a Súmula nº 283 do Pretório Excelso.

3. O fato de o Recorrente ter assumido o risco de produzir o resultado morte, aspecto caracterizador do dolo eventual, não excluía possibilidade de o crime ter sido praticado por motivo fútil, uma vez que o dolo do agente, direto ou indireto, não se confunde com o motivo que ensejou a conduta, mostrando-se, em princípio, compatíveis entre si. Divergência jurisprudencial devidamente demonstrada.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido para, reformando o acórdão recorrido, incluir na pronúncia a qualificadora do inciso II do § 2º do art. 121 do Código Penal.

(STJ. Recurso Especial nº 912904 SP 2007/0003130-0. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 6/3/2012. Publicação: 15/3/2012). (Grifei).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS" – ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO DE PRONÚNCIA – EXCESSO DE LINGUAGEM DO MAGISTRADO PRONUNCIANTE – INOCORRÊNCIA – **PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE (CP, ART. 121, § 2º, I) – SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE COM O RECONHECIMENTO DE DOLO EVENTUAL (CP, ART. 18, I, "IN FINE") – INEXISTÊNCIA – ADOÇÃO, NO PONTO, DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL** – RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

(RHC 92.571, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/6/2009, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 27-2-2014 PUBLIC 28-2-2014). (Grifei).

Assim, como o acusado, no momento dos fatos, fazia parte do Corpo de Reação da Guarda, um dos postos mais sensíveis da Unidade Militar, entendo como correta a aplicação do *quantum* de 1/3 (um terço), **resultando em 8 (oito) anos de reclusão.**

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, torna-se **definitiva em 8 (oito) anos de reclusão.**

Fixo o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, consoante previsão constante da alínea *b* do § 2º do art. 33 do CP[182].

A Defesa indicou, a título de prequestionamento, "a ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, individualização da pena, banimento das penas cruéis, dentre outros atinentes ao caso em tela" (fl. 568, vol. 3). Contudo, pelo contexto dos Autos, não há de se falar em ofensa a nenhum dos Postulados arguidos. Além do mais, a simples indicação destes Primados, sem fundamentação idônea, não permite o juízo de persuasão necessário ao reconhecimento da sua inobservância.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento e provimento parcial do recurso defensivo, para reformar o *quantum* da Sentença *a quo* e condenar o ex-Sd Ex RAZIEL DOS SANTOS, como incurso no art. 205, *caput*, do CPM, à pena final de 8 (oito) anos de reclusão, com o regime prisional inicialmente semiaberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

Considerando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292 – no sentido de que a sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição permite a execução provisória da pena – votei vencido no sentido de determinar a comunicação ao Juízo *a quo* para que assim procedesse, tão logo exaurida a jurisdição desta Corte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria,** em dar provimento parcial ao recurso defensivo, para reformar o *quantum* da pena estipulada na Sentença *a quo* e em condenar o ex-Sd Ex Raziel dos Santos, como incurso no art. 205, *caput*, do CPM, à pena final de 8 anos de reclusão, com o regime prisional inicialmente semiaberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. Os Ministros Carlos Augusto de Sousa (Relator), Cleonilson Nicácio Silva e Luis Carlos Gomes Mattos determinavam, ainda, a execução provisória da pena, tão logo fosse exaurida a jurisdição

---

[182] Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.

desta Corte. Os Ministros José Barroso Filho (Revisor), Alvaro Luiz Pinto, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias davam provimento ao Apelo da Defesa para, reformando a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 14/1/2016, tão somente condenar, por desclassificação, o ex-Sd Ex Raziel dos Santos, como incurso no art. 206, § 1º, primeira parte, do CPM, à pena de 3 anos e 4 meses de detenção, sendo vedado o benefício do *sursis*, na forma do art. 84 do CPM, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea "c", do CP comum. O Ministro-Revisor fará voto vencido.

Brasília, 16 de maio de 2017 – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO
Apelação Nº 124-82.2014.7.03.0303-RS

EMENTA: Apelação. Condenação em primeira instância. Homicídio doloso. Recurso defensivo. Desclassificação da conduta para homicídio culposo. Subsidiariamente a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Autoria e materialidade devidamente configuradas. As circunstâncias em que ocorreu o evento "morte", mediante o disparo de fuzil, devem ser sopesadas. Limite tênue entre culpa consciente e dolo eventual. As circunstâncias do fato demonstraram que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade. *In casu*, o resultado previsível não se confunde em assumir ou aceitar o risco. O dolo pressupõe dois elementos – a consciência e a vontade –, sendo este o fator decisivo. A amizade entre Réu e Vítima e o seu desespero após o ocorrido indicam que agiu com negligência (culpa consciente) e não que tenha assumido o risco de matar seu amigo. Impõe-se a desclassificação da conduta delitiva para homicídio culposo, com a inobservância de regra técnica indispensável. Presentes os elementos configuradores do injusto culposo. As circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM são desfavoráveis ao Réu, autorizando a exacerbação da pena além do mínimo legal. Agravante e atenuante presentes. Causa especial de aumento de pena prevista no § 1º do art. 206 do CPM. Provimento parcial ao apelo defensivo. Decisão por maioria.

Na ocasião do julgamento, divergi do eminente Ministro-Relator quanto ao elemento subjetivo no momento da ação do Réu. Para tanto, adotei os fundamentos abaixo.

O pedido para a desclassificação do crime de homicídio doloso para homicídio culposo deve ser parcialmente provido, ***não obstante a controvérsia***

jurídica suscitada entre a consideração do elemento subjetivo do injusto como decorrente do dolo eventual ou da culpa consciente.

O Conselho Permanente de Justiça acolheu argumentos do Órgão Ministerial, concluindo serem as provas periciais e testemunhais colacionadas suficientes para demonstrar a autoria e a materialidade delitiva, esta evidenciada pelo laudo de necropsia que esclareceu a *causa mortis*.

No entanto, ***quanto à culpabilidade, houve equívoco ao considerar a hipótese suscitada pelo Parquet castrense de ter o Réu agido com dolo eventual***, demonstrando total descaso e indiferença ante a possibilidade de matar o Ofendido, agindo de forma a assumir o risco do resultado, mas sem ter a real intenção de praticar o ilícito.

A princípio, impõe-se reexaminar as circunstâncias, para entender como ocorreram os fatos e, assim, ser realmente possível aferir a culpabilidade do Réu. Vejamos a sinopse dos fatos.

> Segundo se extrai dos autos, o Réu e a Vítima prestavam o Serviço Militar Obrigatório no 3º Grupo de Artilharia de Campanha Propulsado.
>
> No dia do ocorrido, 6 de novembro de 2014, o Réu estava de serviço na Guarda e compunha a força de reação do aquartelamento.
>
> No seu quarto de hora, por volta das 10h30, sem qualquer autorização, portando um fuzil calibre 7.62mm, dirigiu-se até o alojamento das sentinelas, onde se encontrava o então Soldado Roger Lazaretti Rodrigues, que acabara de sair de serviço, já havia entregado seu armamento e estava sentado na cama.
>
> O Réu, na presença de mais 3 (três) militares, o Sd Alan da Silva, Ismael Fernandes de Oliveira e Luis Otávio Ribeiro Tavares, pediu a Vítima um cigarro, tendo este lhe respondido que havia acabado. O Réu, por sua vez, disse ao ofendido: *"Vai ratiar? Não vai me dar um cigarro?"*.
>
> Ao ter outra resposta negativa, apontou o fuzil em direção ao Sd Lazaretti. Segundo testemunhas, nesse momento, o fuzil do Réu estava sem o carregador e, nessa condição, deu um golpe de segurança no armamento, voltado na direção do ofendido e este lhe pediu para que não apontasse para sua pessoa.
>
> Ato contínuo, o Réu colocou o carregador e procedeu a mais um golpe de segurança, o qual não foi suficiente para alimentar a arma. Assim, efetuou mais um golpe de segurança, obtendo seu carregamento. ***Com o fuzil apontado em direção ao Sd Lazaretti efetuou o disparo, vindo a causar o seu óbito.***

No primeiro instante, à vista de tal contexto fático, o Julgador pode até vislumbrar a presença do tipo do injusto do delito doloso na conduta do Réu, ou seja, o conteúdo da vontade dirige a ação de obter o resultado morte em relação à sua vítima.

Porquanto o disparo de um fuzil automático leve, a pouca distância do alvo, jamais poderia ser considerado como: "demonstrar total descaso e indiferença ante a possibilidade de matar o Ofendido", ou que **"assumiu o risco do resultado, mas sem ter a real intenção de praticar o ilícito**", como concluiu o ilustre *Parquet* castrense.

Caso se considerem válidas tais premissas, o Julgador será forçado a inferir pela ocorrência de uma dentre duas condutas antagônicas: ter o Réu agido ou com – DOLO DIRETO – *animus necandi*, no intuito de matar seu amigo ou por culpa – NEGLIGÊNCIA – ter chegado a tão infausto resultado. **Em síntese, jamais por dolo eventual.**

No entanto, a situação é mais complexa e não será tão somente à vista desse fato trágico que se poderá aferir a conduta do Réu como sendo dolosa ou culposa.

Nesse sentido, cabe formular as seguintes indagações: *por que um jovem soldado dispara seu fuzil contra outro soldado, seu amigo íntimo, sentado a poucos metros de distância, na presença de três testemunhas, sem qualquer outra motivação que fosse a negativa em o ofendido ceder um cigarro?* ***A razão seria a vontade de matar seu amigo ou a de praticar uma brincadeira de trágico resultado?***

Segundo um raciocínio lógico, depreende-se não ser possível concluir que, na presença de testemunhas, teria o Réu disparado sua arma na direção daquele com quem mantinha estrita relação de amizade, a ponto de estarem sempre juntos, conforme se extrai do interrogatório do Réu e depoimentos das testemunhas.

Certamente, ser o resultado previsível não se confunde, de forma alguma, em assumir ou aceitar o risco. Assumir o risco é aceitar a respectiva concretização do resultado não desejado diretamente. Ademais, concluir pela prática de um crime sopesando apenas seu resultado, por mais gravoso que seja, deixa de considerar os princípios regentes do direito penal.

Por óbvio, somente a prova contida nos autos é que demonstrará o elemento subjetivo do agente, pois devemos perquirir se, no caso concreto, ainda que fosse certa a produção, o sujeito agiria. Se a resposta for afirmativa, estaremos diante do dolo eventual, caso contrário, trata-se de culpa consciente. **O fator decisivo está na vontade do agente**[183].

A conjugação da consciência e da vontade representa o cerne do dolo e esses dois elementos não são estranhos ao dolo eventual, ***por ser*** "**dolo antes de ser eventual**"[184].

---

[183] CALLEGARI, André Luís. *Dolo eventual e crime de trânsito*. Direito penal contemporâneo. Gilmar Ferreira Mendes; Pierpaolo Cruz Bottini; Eugênio Pacelli (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146/147.

[184] Idem.

A propósito, cabe frisar que, em situações semelhantes, é quando se vê a importância de que a legislação atual deve ser alterada, e não podemos seguir à mercê de um tão elevado grau de subjetivismo, que permite ao julgador escolher os casos em que teremos uma culpa ou um dolo, ainda que nas modalidades consciente e eventual respectivamente[185].

Nesse sentido, o projeto de reforma do Código Penal comum, Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (Anteprojeto do Novo Código Penal), vem seguindo exemplos de legislações europeias e traz a figura da ***Culpa Gravíssima***, cuja aplicação, por analogia, seria extremamente adequada no presente feito.

Consoante os reclamos da sociedade, o legislador se propõe a colocar uma modalidade de culpa que possa punir o indivíduo de uma forma a ficar entre o ilícito culposo e o doloso, caracterizando-se pela "**'excepcional temeridade' da conduta do agente, como um formato de culpa substancialmente elevado, ou seja, capaz de determinar 'uma moldura penal agravada'**"[186] (grifo nosso).

No ***Dolus Eventualis*** o sujeito conhece os riscos e espera que o resultado não aconteça. Não é indiferente ao resultado. Há uma suspeita de que acertará o bem jurídico. Pode ser que não se importe com o resultado.

A caracterização do dolo eventual impõe que o agente tenha não só a consciência, mas a vontade eventual de obter o resultado. Significa que no dolo eventual ele não quer o resultado, mas pouco importa se ocorrerá ou não, aceitando sua produção. **A questão aqui é o elemento volitivo.**

Já na ***Culpa Consciente***, o agente não acredita no resultado. Ao menos aqui não se tem o que está presente no dolo eventual: ***não tem de acreditar no resultado e nem mesmo passa na cabeça dele o resultado***.

No presente feito, não se vislumbra a presença do dolo direto, ou mesmo do dolo eventual na conduta delitiva. Embora a atitude do Réu cause espanto, diante de tanta imaturidade e irresponsabilidade, não se admite que tenha agido, previsto e assumido o risco, assim mesmo, de produzir o resultado.

Todos os fatos indicam ter o Réu agido com negligência (culpa consciente). Portanto, descabe entender que agiu com dolo eventual, assumindo o risco de matar seu amigo.

---

[185] OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *De novo o dolo eventual… e a culpa gravíssima*? Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/de-novo-o-dolo-eventual-e-a-culpa-gravissima>. Postagem em: 25 abr. 2016. Acesso em: 12 mar. 2017.

[186] OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *De novo o dolo eventual… e a culpa gravíssima*? Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/de-novo-o-dolo-eventual-e-a-culpa-gravissima>. Postagem em: 25 abr. 2016. Acesso em: 12 mar. 2017.

Naturalmente, a desclassificação da condenação do homicídio doloso para o culposo, na modalidade de culpa consciente, se impõe.

Esse é o entendimento majoritário da jurisprudência desta e. Corte castrense, em situações processuais similares, como se depreende do seguinte julgado, *in verbis*:

> **Apelação nº 219-64.2012.7.01.0101/DF. Ministro-Relator Artur Vidigal de Oliveira. J. em 22/9/2015.**
>
> EMENTA. APELAÇÃO. DEFESA. HOMICÍDIO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. DIVERGÊNCIA QUANTO AO ASPECTO SUBJETIVO DO DELITO. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE.
>
> Em caso de disparo involuntário de arma de fogo, em que, apesar da previsão da possibilidade do evento morte, não houve a aceitação do risco ou a anuência ao resultado, **configurada a culpa consciente, e não o dolo eventual**.
>
> Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (grifo nosso).

No aludido julgado, o Réu foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, como incurso no art. 205 do CPM; esta Corte, por maioria de votos, deu provimento ao recurso defensivo para condenar o ex-militar, por desclassificação, como incurso no art. 206, § 1º, do CPM, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Outros precedentes no mesmo sentido desta egrégia Corte castrense: Embargos nº 219-64.2012.7.01.0101/DF, Ministro-Relator José Coêlho Ferreira, Julgado em 24/5/2016; Apelação nº 42-482014.7.04.0004/MG. Ministro-Relator Odilson Sampaio Benzi. Julgado em 24/11/2015; Apelação nº 39-41.2012.7.08.0008/PA, Ministro-Relator Lúcio Mário de Barros Góes, Julgado em 3/3/2015; Apelação nº 9-92.2013.7.04.0004/MG, Ministro-Relator Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Julgado em 25/2/2016.

Por segundo, passa-se à análise das elementares da conduta ilícita culposa a ser imputada ao Réu, por desclassificação, *ex vi* do art. 206, § 1º, do CPM.

Tanto o homicídio culposo quanto a lesão corporal culposa são classificados como crimes materiais, em que se exige a produção de resultado naturalístico a alterar o mundo exterior, devido à ação do comportamento humano.

A autoria é inconteste, pois foi admitida pelo Apelante e confirmada pelos militares que testemunharam todos os fatos.

O conjunto probatório testemunhal é harmônico, quando confrontado com os demais elementos que levam à formação do juízo de convicção necessário à apreciação do feito.

A materialidade do delito foi confirmada pelas provas técnicas contidas nos autos, atestando a produção do resultado morte.

O atestado médico e o laudo pericial de necropsia concluíram que a causa do óbito da vítima se deu em decorrência de traumatismo crânio encefálico, causado por projétil de arma de fogo que penetrou na região malar esquerda (tiro à queima-roupa) e exteriorizou-se, posteriormente, apresentando um sentido de diante para trás, e levemente da esquerda para direita e de baixo para cima (fls. 34 e 83/84).

A culpabilidade também se mostra comprovada. Compulsando os autos, verifica-se pela prova colhida ter o Apelante criado, culposamente, a situação que resultou no trágico resultado morte de seu amigo.

O Réu, ao ser ouvido, perfazia 19 (dezenove) anos de idade e, tanto na fase inquisitorial como em Juízo, **declarou que tinha o hábito de brincar com o fuzil**. Sabia que não era permitido ir até o alojamento com o armamento, mas mesmo assim o fez.

Por terceiro, examinam-se os pressupostos que caracterizam os elementos constitutivos do injusto culposo.

A dicção legal do delito culposo está descrita no art. 33, inciso II, do CPM, o qual prevê tratar-se de crime culposo: "quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levianamente que não se realizaria ou poderia evitá-lo".

No tocante à culpa, ensina Cezar Roberto Bitencourt[187], "Culpa é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível".

O tipo de injusto culposo apresenta os seguintes elementos constitutivos: "inobservância do cuidado objetivo devido; produção de um resultado e nexo causal; previsibilidade objetiva do resultado; conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado", conforme assinala o ilustre jurista.

No presente caso, o exame dos autos permite verificar que todos os elementos acima referidos se mostram presentes na conduta do Apelante. Vejamos os elementos constitutivos de tal hipótese.

I. No tocante à inobservância do cuidado objetivo devido.

O núcleo do tipo de injusto negligente consiste, pois, na divergência entre a ação realizada e a que deveria ter sido realizada em virtude do dever de cuidado objetivo que era necessário observar[188].

---

[187] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. vol. 1, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363.

[188] MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 73.

O Agente deve reconhecer o perigo para o bem jurídico protegido e preocupar-se com as consequências de uma possível conduta descuidada, ou executar a conduta somente após adotar as precauções necessárias para evitar o mal. Nesse aspecto, parece evidente que as ações do Réu ultrapassaram os limites de perigo comum ou socialmente aceitável.

São evidências da inobservância do dever de cuidado a conduta do Réu de apontar o fuzil em direção ao Sd Lazaretti, dar um golpe de segurança no armamento, voltado na direção do ofendido; colocar o carregador e proceder a mais um golpe de segurança, insuficiente para alimentar a arma; efetuar outro golpe de segurança, obtendo o carregamento; com o fuzil apontado em direção ao Sd Lazaretti efetuar o disparo, vindo a causar o seu óbito.

II. Quanto à produção do resultado e o nexo causal.

Ficou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do Acusado e o resultado produzido, pois o resultado morte é inconteste. Desse modo, basta aplicar a teoria da equivalência das condições, também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, para constatar ter o Apelante, com seu comportamento, dado causa ao resultado.

Consoante tal teoria, é óbvio ter o acidente decorrido do comportamento do Apelante. Logo, por todo o exposto, não restam dúvidas de que, retirados os atos descritos como condutas culposas adotadas pelo Acusado, o acidente não teria ocorrido.

Ainda que se leve em conta a Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin, melhor sorte não lhe assiste. Tal teoria se estrutura, basicamente, sobre o conceito fundamental do que seja "risco permitido". Assim, em sendo o risco permitido, ou seja, socialmente tolerado, será incabível a imputação. Ao contrário, se o risco for proibido, cabe a imputação.

Cezar Roberto Bitencourt, citando Roxin[189], define que "um resultado causado pelo agente somente pode ser imputado ao tipo objetivo, se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico não coberto pelo risco permitido, e se esse perigo também se realizou no resultado concreto".

Nesse contexto, o conjunto probatório reunido na instrução criminal, notadamente, os depoimentos das testemunhas, comprova ter o Apelante infringido o dever de cuidado, que deveria ter sido adotado, entrando na esfera do risco proibido.

III. O terceiro elemento é a previsibilidade objetiva do resultado.

No ensinamento de Hungria, "previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum".

---

[189] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol. 1, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 321.

O Réu tinha toda a instrução de como utilizar um fuzil e das consequências do seu manuseio errado. Ao brincar com o armamento, conforme declarou, em juízo, infringiu todas as regras básicas de segurança.

O exame dos autos evidencia ser caso de culpa consciente, pois o Acusado não adotou as medidas de cuidado adequadas. Esse comportamento foi essencial para o resultado, pois, por sua atitude negligente, provocou o acidente.

Em outras palavras, o resultado era previsível, mas o Réu negligenciou e, equivocadamente, não aceitou a possibilidade de ocorrer o resultado. Típico caso de culpa consciente.

IV. Conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado.

O quarto elemento procede da conexão interna entre desvalor da ação e desvalor do resultado, sendo fácil compreender, pois apenas exige que o resultado tenha derivado exatamente da inobservância do cuidado devido.

Restou cabalmente demonstrado nos autos, pela prova pericial, ter o acidente decorrido da conduta do Réu.

O Réu declarou que tinha a consciência de que o armamento, durante o serviço, deveria estar sempre alimentado, ***mas se esqueceu desse detalhe porque ficou conversando com os colegas durante um bom tempo no banco da Guarda.***

Os argumentos da acusação de que o Réu teve vários momentos para verificar se a sua arma se encontrava municiada antes de efetuar o disparo, logicamente, devem ser sopesados, mas não, exclusivamente, considerados.

O Apelante tinha conhecimentos técnicos básicos, ao proceder da maneira como relatada por ele próprio. O resultado era previsível de um modo geral. Mas, na mente do Réu, não havia a intenção ou o risco de ocasionar a morte, ou de assumi-la.

Ressalte-se, mais uma vez, que o Réu era amigo do Ofendido, costumavam sempre brincar com o armamento sem qualquer maldade ou vontade de ferir um ao outro.

O fato de serem amigos autor e vítima e a atitude de desespero do Réu, após se dar conta da situação, demonstram e reforçam a tese de ter o Réu agido com culpa.

Assim, o desvalor do resultado morte decorreu, diretamente, do desvalor da ação culposa do Acusado.

Por fim, comprovada a prática da conduta delituosa por parte do Apelante, resta examinar a fixação da sanção que lhe deverá ser atribuída.

A partir da análise do conflito de interesses suscitado pelo apelo do Réu, aduz-se que os fatos são incontestes, no sentido de imputar ao ex-Sd Ex, Raziel dos Santos, por desclassificação, a prática da conduta ilícita prevista no art. 206, § 1º, primeira parte, do CPM.

Logo, mantida a condenação proferida em primeira instância, desclassifica-se a conduta ilícita imputada ao Réu, *ex vi* do art. 205, para a descrita no art. 206, § 1º, primeira parte, ambos do CPM, adotando-se os fundamentos abaixo quanto à dosimetria da reprimenda.

Na primeira fase da fixação da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do Estatuto Penal Militar são extremamente desfavoráveis ao Réu, embora seja primário e de bons antecedentes.

No Direito Penal comum, o art. 59 não possui em sua redação o grau de culpa, como elementar a ser considerada na 1ª fase da dosimetria da pena, pois, com a reforma de 1984 do Código Penal, o termo foi suprimido, passando a figurar a culpabilidade.

Diferentemente, alinhado com a natureza de *lex specialis* que ostenta o Direito Penal Militar, o grau de culpa consta explicitamente do art. 69 do CPM, como circunstância a ser analisada na fixação da pena privativa de liberdade.

Na clássica lição de Juarez Tavares[190], em sua obra Teoria do Crime Culposo, com prefácio de Claus Roxin, fica clara a importância dos graus de culpa, *in verbis*:

> A questão da gravidade da culpa, portanto, assume uma importância significativa no processo de imputação, uma vez que não se trata, simplesmente, de limitar-lhe o alcance do tipo por critérios normativos, mas condicionar este alcance às próprias características da ação culposa, **segundo o grau de intensidade da violação da norma de cuidado**, no sentido de registrar com maior nitidez os contornos das zonas de intervenção do Estado (grifo nosso).

Deve ser considerada a extrema gravidade do crime praticado, pois não se trata de simples acidente, com disparo de arma de fogo, mas de caso de homicídio por negligência, em seu grau máximo.

As consequências do crime foram as piores possíveis, com repercussão negativa, em toda Guarnição Militar de Santa Maria/RS, principalmente, por ocorrer entre militares e em face de ter sido praticado contra um companheiro de farda.

A conduta afigura-se como de elevado grau de reprovabilidade, tendo o comportamento do Réu lesionado valores fundamentais, tutelados pelo Direito Militar, ao afetar de forma irremediável a vida de seu companheiro. Dessa

---

[190] TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 385.

forma, tornou-se evidente que a reprimenda a ser imposta ao infrator deve ser enérgica.

O fato de o Réu ignorar todas as regras básicas de segurança: descumprir recomendação do serviço e adentrar em local fechado, com armamento municiado; de modo irresponsável, brincar com o fuzil e apontá-lo em direção aos colegas; a extensão do dano físico, como motivo de repulsa e consternação para os militares daquela OM, que presenciaram o óbito de um companheiro; tudo isso conduz a fixação da pena acima do mínimo legal.

Não obstante a primariedade do Apelante e seus bons antecedentes, a intensa reprovabilidade criminal por ter o Réu agido de modo contrário ao cuidado exigido, conduz ao elevado grau de culpa e justifica exacerbar a pena mínima de 1 (um) ano.

A jurisprudência desta Corte, em situação similar, já entendeu ser cabível a majoração da pena mínima. Portanto, consideradas as elementares do art. 69 do CPM, deve-se exacerbar a pena mínima de 1 (um) ano prevista para o delito do art. 206 do CPM, fixando a pena-base em 3 (três) anos, por ter o réu agido de forma negligente, ao deixar de observar o cumprimento de normas de segurança no manuseio do armamento.

Na segunda fase da dosimetria da reprimenda, atendendo à circunstância agravante prevista no art. 70 do CPM, verifica-se que a conduta ilícita imputada ao Réu se amolda à disposição descrita no inciso II, alínea ***l*** (estando de serviço), do CPM; pois, embora estivesse no seu quarto de hora, compondo a força de reação do Corpo de Guarda do 3º Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado, dirigiu-se ao alojamento das sentinelas com intuito de buscar um cigarro com o Ofendido, o que, por decorrência, resultou na trágica situação.

Desse modo, a pena-base merece ser majorada num *quantum* total de 1/4 (um quarto), *ex vi* do art. 73 do CPM, resultando na pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Considerando as circunstâncias atenuantes previstas no art. 72 do CPM, em relação ao Réu, cabe a aplicação da atenuante de menoridade para reduzir a pena imposta, *ex vi* do art. 72, inciso I, do CPM, no *quantum* de 1/3 (um terço), consoante dispõe a jurisprudência majoritária, uma vez que se trata de uma circunstância preponderante atinente à personalidade do Apelante, resultando a pena provisória em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de detenção.

Quanto ao pedido de redução da reprimenda, diante da incidência da circunstância da atenuação da confissão, tal pleito deve ser indeferido.

Examinando-se os autos, constata-se que houve a autuação em flagrante, isto é, o Apelante foi preso logo após ter praticado o delito. Tal circunstância afasta a possibilidade da aplicação da atenuante da confissão espontânea.

O entendimento é consentâneo com a jurisprudência da Excelsa Corte, firmada no julgamento do Habeas Corpus nº 108.148/SP, em 7 de junho de 2011. Na ocasião, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do feito, considerou que, *in verbis:*

> (...) **A prisão em flagrante é situação que afasta a possibilidade de confissão espontânea**, uma vez que esta tem como objetivo maior a colaboração para a busca da verdade real. (grifo nosso).

Na terceira fase, entende-se que o Réu não observou regra técnica indispensável, pois, ao utilizar o armamento com a finalidade de fazer uma brincadeira, deixou de verificar a situação da arma, que estava alimentada e carregada, atitude que poderia ter impedido o evento fatal, incidindo na conduta proibida prevista no § 1º do art. 206 do CPM; razão pela qual a pena merece ser majorada em 1/3 (um terço), com fulcro no art. 73 do CPM.

No mais, diante da ausência de outras agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento e de diminuição de pena, a sanção penal ora aplicada torna-se definitiva no *quantum* de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Para o cumprimento da referida pena privativa de liberdade ora aplicada, fixa-se inicialmente o regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea ***c***, do Código Penal Comum.

Deixa-se de conceder o *sursis* por falta de previsão legal no art. 84 do CPM. À luz do art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP comum, fixa-se o regime prisional inicialmente aberto.

Concede-se ao réu o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que respondeu ao presente processo-crime em liberdade, inexistindo quaisquer requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Por fim, para fins de acesso à Instância Superior, a DPU prequestiona possível ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, da individualização da pena e do banimento de penas cruéis, tudo da Constituição Federal de 1988.

O pedido de prequestionamento foi feito de forma genérica, não estando devidamente fundamentado pelas questões específicas e fáticas, ensejadoras da violação da norma constitucional.

Passa-se à análise dos mesmos, embora se repute como medida desnecessária, mas, tão somente, no intuito de evitar que a nobre Defesa entenda ser imperiosa a propositura de embargos de declaração por omissão.

A matéria prequestionada pela Defesa encontra-se prejudicada, porquanto a pena imposta por esta Corte Superior encontra-se em conformidade com os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, da individualização da pena e está bem longe de se configurar como pena cruel.

Quanto ao art. 5º, inciso XLVI, da CF/88, no qual consta a consagração do princípio da individualização da pena, o raciocínio anterior também se aplica. No entanto, estando ausente a especificidade do ponto onde teria havido a ofensa ao princípio, o argumento perde força.

Mormente porque, ao contrário do que crê a Defesa, na Sentença *a quo* houve pleno atendimento do princípio suprarreferido, tendo sido examinadas, amiúde, todas as circunstâncias que envolveram o crime, na busca pela sanção penal mais justa e adequada.

Assim, não se constata qualquer ofensa, nos presentes autos, aos princípios constitucionais apontados.

Ante o exposto, votei no sentido de dar provimento ao Apelo da Defesa para, reformando a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 14/1/2016, tão somente condenar, por desclassificação, o ex-Sd Ex Raziel dos Santos, como incurso no art. 206, § 1º, primeira parte, do CPM, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção, sendo vedado o benefício do *sursis*, na forma do art. 84 do CPM; a ser cumprida em regime inicialmente aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea *c,* do CP comum.

Superior Tribunal Militar, 16 de maio de 2017.

Dr. José Barroso Filho

Ministro-Revisor

APELAÇÃO Nº 145-91.2016.7.07.0007-PE

Relator: Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: Maxssuel Siqueira Ribeiro da Silva, Sd Ex, condenado à pena de 1 ano de prisão, como incurso no art. 290, *caput*, c/c os arts. 72, inciso I, e 73, todos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 28/11/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DPU. ENTORPECENTE (CPM, ART. 290). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. FALTA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO (SAÚDE PÚBLICA). PRESCINDIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONCENTRAÇÃO DE TETRAHIDROCANABINOL (THC) NÃO ESPECIFICADA NO LAUDO. IRRELEVÂNCIA. PRESENÇA DE THC ATESTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

1. O Princípio da Insignificância é inaplicável para o crime militar de posse de substância entorpecente.

2. O crime previsto no art. 290 do CPM consubstancia delito de perigo abstrato, sendo prescindível a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado para tipificação, bastando tão somente a probabilidade do dano, presumido pelo legislador na construção do tipo.

3. É irrelevante a apuração da concentração do THC no Laudo Toxicológico para se configurar o delito previsto no art. 290 do CPM.

4. Negado provimento ao Apelo Defensivo. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, para manter íntegra a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Hermínia Célia Raymundo. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto

de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Ausente, justificadamente, o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 38ª Sessão, 13/6/2017).

RELATÓRIO

Em 10 de agosto de 2016, o Ministério Público Militar, com atuação na Auditoria da 7ª CJM, baseando-se no APF nº 145-91.2016.7.07.0007, ofereceu Denúncia (fls. 2.1/2.3) em desfavor do Sd Ex MAXSSUEL SIQUEIRA RIBEIRO DA SILVA, servindo na 10ª Companhia de Engenharia de Combate – 10ª Cia Eng Cmb (São Bento do Una – PE) –, pela prática do seguinte fato delituoso:

> (...) por volta das 23h20, do dia 27 de julho de 2016, no curso de "exercício no terreno" realizado na Fazenda Cantagalo, localizada no município de Belo Jardim, Estado de Pernambuco, precisamente durante aprestamento individual com os soldados, foi encontrada na posse do denunciado a substância entorpecente conhecida como maconha quando caiu de um de seus bolsos. Após tentar esconder a maconha colocando seu pé por cima do papelote onde tinha guardado a substância, o denunciado confessou que a droga lhe pertencia e que a adquiriu de um conhecido numa das ruas de Pesqueira, onde reside (fls. 02/44).
>
> Assim agindo, o denunciado realizou a conduta descrita no artigo 290, *caput*, do Código Penal Militar. (...).

Foram acostados aos autos, dentre outros documentos:

- Auto de Prisão em Flagrante Delito, lavrado em 28/7/2016 (fls. 5/6 do Apenso 1);

- Auto de Apresentação e Apreensão de Tóxico, datado de 28/7/2016 (fls. 10/11 do Apenso 1);

- Auto de Exame de Corpo de Delito, datado de 28/7/2016 (fls. 13/13v do Apenso 1);

- Laudo Pericial Preliminar, realizado em 29/7/2016 (fl. 43 do Apenso 1);

- Laudo Pericial Definitivo, datado de 2/8/2016 (fls. 17/18); e

- Certidão de Antecedentes Criminais positiva da JMU, constando um APF referente a porte de entorpecente (fl. 56).

Pela Decisão de 29/7/2016 (fls. 37/38 do Apenso 1), foi concedida a Liberdade Provisória ao Flagranteado, tendo sido expedido e cumprido, na mesma data, o respectivo Alvará de Soltura (fl. 42 do Apenso 1).

Em 23/8/2016, pela Decisão de fls. 3/4, foi recebida a Denúncia.

O Réu foi regularmente citado (fls. 13/13v).

Qualificado e interrogado (fl. 22), o Réu confirmou os fatos contidos na Denúncia, declarando, em síntese:

> (...) Confirma que portava uma porção de maconha em seu bolso no dia dos fatos. Não consumiu a droga durante a instrução no campo. Não é usuário; consumiu a primeira vez antes de ir para o campo. Sabia que era proibido portar drogas dentro do quartel. (...).

Foram ouvidas, em Juízo, duas testemunhas arroladas pelo MPM: o 2º Ten Ex FRANCISCO YURI DA COSTA MACEDO (fls. 23/24) e o Ten Ex DIOGO TEIXEIRA MENDES (fl. 25). A DPU não arrolou testemunhas (fl. 26).

O Ministério Público Militar, em Alegações Escritas (fls. 41/43), requereu a condenação do Acusado nas sanções do art. 290, *caput*, do CPM. Argumentou o *Parquet* que o Acusado confessou que trazia consigo a maconha no dia do fato, sendo certo que a materialidade e a autoria ficaram comprovadas nos autos.

A Defesa, por sua vez, em Alegações Escritas (fls. 45/55), requereu a absolvição do Acusado, alegando, em síntese, a atipicidade material da conduta decorrente da incidência do Princípio da Insignificância ao caso, bem como a insuficiência de provas acerca da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma do art. 290 do CPM.

Em Sessão de Julgamento, realizada em 21/11/2016, decidiu o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, conforme Sentença de fls. 73/80, por unanimidade de votos, julgar procedente a Denúncia, para condenar o Sd Ex MAXSSUEL SIQUEIRA RIBEIRO DA SILVA à pena de 1 (um) ano de reclusão, convertida em prisão, como incurso no artigo 290, *caput*, do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

A Sentença foi lida e publicada em 28/11/2016 (fls. 81/82).

O MPM foi intimado da Sentença em 2/12/2016 (fl. 84).

A DPU, intimada em 7/12/2016 (fl. 85), interpôs Recurso de Apelação em 14/12/2016 (fl. 86). Em suas Razões (fls. 90/100), alega, em síntese, a atipicidade material da conduta decorrente da aplicação do Princípio da Insignificância ao caso concreto. Argumenta que a conduta do Apelante não chegou a lesar de modo significativo o bem jurídico tutelado pelo art. 290, *caput*, do CPM, qual seja, a saúde pública. Aduz, ainda, que o Laudo Pericial produzido no processo não aponta, com precisão, qual a concentração de THC encontrada na substância apreendida, o que tornaria a prova material frágil e incerta. Ao final, requer a absolvição do Acusado com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM e, subsidiariamente, no art. 439, alínea "e", do CPPM.

O Ministério Público Militar, em Contrarrazões (fls. 102/106), sustenta, em síntese, que o delito do art. 290 do CPM é de mera conduta, não se exigindo a produção de qualquer resultado por parte do agente. Aduz que a mera

existência da droga dentro do quartel configura perigo à saúde de toda comunidade castrense, sendo esse perigo presumido de maneira absoluta, não se admitindo prova em contrário. Por fim, requer o não provimento do Recurso de Apelação, a fim de que seja mantida a sentença condenatória.

A SEJUD certificou, à fl. 110, que nada consta naquela Secretaria em relação ao Apelante.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo Parecer de fls. 115/122, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral Dra. ARILMA CUNHA DA SILVA, manifesta-se pelo conhecimento do presente Recurso de Apelação e, no mérito, por seu desprovimento.

A DPU deu-se por intimada de que o presente feito fora colocado em mesa para julgamento (fl. 129).

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta pela Defesa contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 7ª CJM, de 28/11/2016, que condenou o Sd Ex MAXSSUEL SIQUEIRA RIBEIRO DA SILVA à pena de 1 (um) ano de prisão, como incurso no art. 290, *caput*, c/c os arts. 72, inciso I, e 73, todos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dever ser conhecido.

A Defesa, em síntese, fundamentou seu pedido de absolvição amparado no Princípio da Insignificância, considerando a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o Apelante. Alega a insuficiência de provas acerca da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma do art. 290 do CPM. Aduz, ainda, que o Laudo Pericial produzido no processo não aponta, com precisão, qual a concentração de THC encontrada na substância, o que tornaria a prova material frágil e incerta.

Não tem razão a Defesa, senão vejamos.

In casu, a autoria do delito ficou provada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 5/6 do Apenso 1), pela confissão do Acusado em Juízo (fl. 22), bem como pelos depoimentos das testemunhas: 2º Ten Ex FRANCISCO YURI DA COSTA MACEDO e Aspirante a Oficial DIOGO TEIXEIRA MENDES (fls. 23/25).

A propósito, cabe transcrever os seguintes trechos dos depoimentos das referidas testemunhas, *in verbis*:

2º Ten Ex FRANCISCO YURI DA COSTA MACEDO:

> (...) presenciou o momento em que foi apreendido um papelote contendo uma porção de maconha. Estava guardado no bolso da calça do acusado. O Ten Rangel mandou que o acusado se afastasse do objeto e perguntou o que era, tendo o acusado respondido que era maconha. (...). (fls. 23/24).

Aspirante a Oficial DIOGO TEIXEIRA MENDES:

> (...) resolveram fazer uma revista para verificar qual militar estava fumando no campo. Durante a revista o Ten Rangel encontrou em posse do acusado uma porção de maconha. Ouviu o Ten Rangel pedindo ao militar para retirar o pé de cima de um papelote; ele pegou o papelote e perguntou o que era, tendo o acusado respondido que era maconha. (...). (fl. 25).

A materialidade, por sua vez, foi demonstrada por intermédio do Laudo Preliminar de Constatação da Substância Entorpecente (fl. 43 do Apenso 1) e confirmada por meio do Laudo Pericial Definitivo (fls. 17/18), elaborado pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco, que deu positivo para Tetrahidrocanabinol (THC), substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil.

Os argumentos defensivos acerca da aplicação do Princípio da Insignificância e da falta de lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 290 do CPM, qual seja, a saúde pública, não merecem prosperar.

Como é sabido, é uníssono o entendimento desta Corte Castrense pela não incidência do Princípio da Insignificância em crimes dessa natureza, como podemos observar no seguinte Aresto:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. POSSE DE ENTORPECENTE. (...) NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. (...) RECURSO DESPROVIDO.
>
> (...).
>
> IV - Princípio da Insignificância – esta Corte Castrense repele sua incidência. A conduta do militar surpreendido com substância entorpecente escondida no interior de Organização Militar deve ser analisada sob o prisma da preservação dos princípios da hierarquia e da disciplina.
>
> Apelo desprovido. Unanimidade. (Apelação nº 96-31.2015.7.02.0102. Rel. Min. Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Julgamento: 2/3/2017).

Esse tem sido o entendimento da Suprema Corte acerca do tema, conforme o seguinte julgado:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. 2. PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...). 4. O princípio

> da insignificância é inaplicável para o crime militar de posse de substância entorpecente. Precedentes. (...) 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – ARE 918616 AgR/DF. Rel. Min. Dr. GILMAR MENDES. Julgamento: 3/11/2015). (Grifo nosso).

O crime de posse de entorpecente consubstancia delito de perigo abstrato, sendo prescindível a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado para tipificação, bastando tão somente a probabilidade do dano, presumido pelo legislador na construção do tipo. Assim, o fato de a quantidade de substância apreendida possuir ou não capacidade de causar dependência é irrelevante ao caso, especialmente se considerarmos que o Princípio da Insignificância não se aplica a delitos militares.

O tipo penal descrito no art. 290 do Código Penal Militar, além de proteger a Saúde Pública, como argumentou a Defesa, tem como foco a tutela das Instituições Militares e de seus integrantes, e não apenas a conduta do agente em si. Isso explica o porquê da reprimenda penal quando o fato ocorre em lugar sujeito à Administração Militar.

Dessa forma, o argumento da Defesa de que o referido artigo tutela somente a Saúde Pública não encontra guarida na jurisprudência dessa Corte. Ademais, mesmo que assim fosse, por tratar o art. 290 de crime de perigo abstrato, certamente a saúde da coletividade estaria em risco. Frise-se que não é a saúde individual do agente da conduta que está tutelada pelo tipo penal. O escopo é bem maior, o que acaba por afastar o argumento da "falta de lesividade da conduta do Acusado ao bem jurídico tutelado".

Quanto à alegação de que a prova material é frágil, considerando que o Laudo Toxicológico não aponta, com precisão, qual a concentração de THC na substância apreendida, cabe lembrar que o referido Laudo destacou a presença de flores do vegetal *Cannabis Sativa Linneu*, também conhecida como "maconha", destacando, ainda, a presença de THC no material encontrado com o réu.

Assim, não há dúvidas sobre a existência de THC na substância entorpecente apreendida com o Acusado, sendo irrelevante a apuração da concentração desse princípio ativo para se configurar o delito previsto no art. 290 do CPM. Dessa forma, descabe falar em ausência de lesividade da conduta por não ter se precisado a concentração de THC no Laudo Toxicológico.

A respeito desse tema destaco os seguintes precedentes desta Corte Castrense:

> EMENTA: APELAÇÃO. POSSE DE ENTORPECENTE. (...) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. LESIVIDADE DEMONSTRADA. (...). Descabe falar em ausência de lesividade da conduta por não ter se declinado a concentração de THC na quantidade da substância avaliada. Não é necessário que o laudo contenha a quantidade exata de THC na

> amostra analisada, bastando que o exame constate a existência do princípio ativo da droga. Preliminar rejeitada. Decisão unânime. Recurso não provido. Decisão majoritária. (Apelação nº 28-37.2015.7.07.0007. Rel. Min. Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA. Julgamento: 16/6/2016).
>
> EMENTA: APELAÇÃO DEFENSIVA. ART. 290 DO CPM. (...) CONCENTRAÇÃO DE TETRAHIDROCANABINOL (THC) NÃO ESPECIFICADA NO LAUDO. PRESENÇA DE THC ATESTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RECURSO NÃO PROVIDO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME. (...) **Aspectos inerentes aos efeitos psicotrópicos, à concentração de THC e à quantidade de entorpecente encontrada com o agente não são elementares do tipo. O resultado positivo para canabinóides, constante do Laudo Pericial, e o porte da substância em OM são suficientes para caracterizar o delito previsto no art. 290 do CPM**. Recurso não provido. Decisão unânime. (Apelação nº 66-83.2014.7.07.0007. Min. Rel. Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO. Julgamento: 23/4/2015). (Grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, manifestou-se o Ministro LUIZ FUX, do Supremo Tribunal Federal, no HC nº 141.323, julgado em 21/3/2017, *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL MILITAR E PENAL MILITAR. CRIME DE TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR. ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. (...).
>
> Deveras, esta Corte sufraga o entendimento no sentido de que a não indicação da quantidade do princípio ativo tetrahidrocanabinol no laudo toxicológico não leva ao reconhecimento da atipicidade da conduta, desde que reste afirmada a natureza entorpecente da substância, conforme sucede no caso *sub examine*. Nesse sentido, trago à colação:
>
>> Habeas corpus. Crime de posse de droga em recinto castrense. 2. Atipicidade da conduta. Não indicação da quantidade do princípio ativo Tetrahidrocanabinol (THC) no laudo toxicológico. Afirmação da natureza entorpecente da substância apreendida. 3. Laudos técnicos que atestam que a substância é potencialmente entorpecente. Dolo configurado. 4. Crime de perigo abstrato. Irrelevante atestar a capacidade da quantidade apreendida causar dependência. 5. Fato típico. 6. Ordem denegada. (HC 128.554. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe de 01/02/2016). (...). (HC nº 141.323. Rel. Min. LUIZ FUX. Julgamento: 21/3/2017).

Logo, o uso da referida substância revela perigo à Unidade Militar, aos seus integrantes e ao bom andamento dos trabalhos na caserna. A gravidade do fato exacerba-se quando se sabe que os militares têm acesso às armas de fogo e que suas atividades demandam nível de responsabilidade incompatível com o uso de entorpecentes que lhes alterem os sentidos. Por isso, o porte de psicotrópicos, bem como o seu uso efetivo, constituem, sim, conduta temerária,

pelo que se reveste de alto grau de reprovabilidade, configurando, dessa forma, o crime previsto no art. 290, *caput*, do CPM.

Assim, estando em plena vigência o art. 290 do CPM, comprovada a materialidade e sendo inconteste a autoria, não se verificando causas excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade, justa se revela a reprimenda imposta pelo Colegiado *a quo*.

Por todo o exposto, nego provimento ao Apelo defensivo, para manter íntegra a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Apelo defensivo, para manter íntegra a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 13 de junho de 2017 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 191-10.2014.7.01.0301-RJ

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: Maria Aparecida Guimarães Pessoa, Civil, condenada à pena de 2 anos de reclusão, como incursa no art. 251, c/c o art. 72, inciso I, ambos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 27/4/2016.

Advogados: Drs. Jossane Wesz Leitemperger, Rodrigo Costa Argenta, Cristina Silveira de Oliveira e Claríssia de Carvalho Mendes.

EMENTA

APELAÇÃO. ESTELIONATO. SUPOSTA FRAUDE NA PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO PENAL. INEXISTÊNCIA DE VANTAGEM INDEVIDA. DIVÓRCIO. RECONHECIMENTO POSTERIOR DE UNIÃO ESTÁVEL NO JUÍZO CÍVEL. LEGITIMIDADE PARA SE HABILITAR COMO PENSIONISTA. CONDUTA ATÍPICA. CASSAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

Não comete o delito de estelionato, na modalidade de fraude contra a Administração Militar, a civil que, embora divorciada de Oficial do Exército Brasileiro, volta a com ele coabitar e tem sua união estável reconhecida pelo juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santa Maria/RS, por meio de sentença transitada em julgado, relativamente ao período compreendido entre o divórcio e o falecimento do militar.

O reconhecimento judicial da entidade familiar constituída, na forma de união estável, pela postulante à pensão militar e seu ex-marido, a legitima como beneficiária dos recursos previdenciários e, por conseguinte, torna a conduta atípica, na medida em que exclui a elementar do tipo incriminador (art. 251 do CPM) alusiva à obtenção de "vantagem indevida".

Recurso defensivo provido para cassar a sentença condenatória e absolver a ré civil por atipicidade da conduta. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso defensivo, para desconstituir a Sentença condenatória firmada no Juízo *a quo* e, consequentemente, absolver a Civil Maria Aparecida Guimarães Pessoa da acusação pela prática do crime de estelionato, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Presidência do Ministro José Coêlho Ferreira. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Anete Vasconcelos de Borborema. Presentes os Ministros William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. O Ministro Alvaro Luiz Pinto encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 19ª Sessão, 4/4/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto em favor da MARIA APARECIDA GUIMARÃES PESSOA, com o propósito de reformar a sentença do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, proferida em 27 de abril de 2016, que a condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursa no art. 251, c/c o art. 72, inciso I, ambos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional aberto e o direito de apelar em liberdade.

Em 12 de agosto de 2014, o representante do Ministério Público Militar ofereceu denúncia contra a apelante, imputando-lhe a prática do crime de estelionato, previsto no artigo 251 do CPM, tendo narrado o seguinte, *in verbis* (fls. 1-A/1-D):

> [...]
>
> No dia 02 de abril de 2009, às 11:15h, o Cel Jorge Luiz Senra Pessoa faleceu no Hospital Adventista Silvestre, na cidade do Rio de Janeiro – RJ, conforme Certidão de Óbito de fl. 40.
>
> Em janeiro de 2011, o Sr. Luiz Carlos Guimarães Pessoa, através de denúncia à Administração Militar, provocou o início do procedimento de sindicância para apurar o recebimento ilícito de pensão militar por parte da denunciada, sua mãe, conforme consta do Anexo I (fls. 47).
>
> Restou apurado na referida sindicância que, na época do falecimento do Cel Jorge Luiz Senra Pessoa, a denunciada já se encontrava divorciada desde 1994, conforme consta na averbação da Certidão de Casamento (fls. 45 e 93), não fazendo jus ao recebimento de pensão militar.
>
> O Sr. Luiz Carlos Guimarães Pessoa, em depoimento (fls. 23 e 24), afirmou que seus pais eram divorciados e que não viviam juntos há anos; informou, ainda, que sua mãe provavelmente estaria residindo no Rio Grande do Sul, tendo em vista que a acusada havia impetrado uma ação judicial contra a decisão de suspensão do pagamento de pensão do seu pai, Cel Jorge Luiz Senra Pessoa, na cidade de Santa Maria.

> Os documentos de fls. 25 a 28, fornecidos pelo filho da acusada, comprovam que a Sra. Maria Aparecida Guimarães Pessoa encontrava-se realmente divorciada.
>
> No curso das investigações foi verificado que o documento da Certidão de Óbito do Cel Jorge Luiz Senra Pessoa e também a Certidão de Casamento mostravam diferenças entre os existentes no cartório e os que foram entregues pela denunciada no momento em que requereu a pensão militar.
>
> O Cartório da 4ª Circunscrição de Óbito do Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato/RJ apresentou cópia da Certidão de Óbito, fls. 39/40, comprovando que o estado civil constava como divorciado, contrastando com o documento entregue pela denunciada no qual constava o estado civil como casado.
>
> O Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais – 2ª Zona da Comarca de Santa Maria, através do atendente Gerson Correa, informou que o divórcio litigioso entre Jorge Luiz Senra Pessoa e Maria Aparecida de Guimarães Pessoa encontrava-se averbado na Certidão de Casamento. Informou, ainda, que consta um novo casamento entre a denunciada e o Sr. Hector Juan Duran, no ofício de Caxambu, Minas Gerais, em 2001.
>
> Diante dos fatos apurados, fica evidenciada a adulteração do documento entregue à SIP/1, uma vez que todas as cópias tiradas após a averbação do divórcio devem constar no campo observação: vide averbação no verso e no referido verso constar a descrita averbação.
>
> [...]
>
> A fraude nas documentações apresentadas pela denunciada possibilitou que a mesma recebesse ilicitamente a pensão militar como ex-pensionista.
>
> [...].

Em auxílio à elucidação da *quaestio,* os autos foram instruídos com os seguintes documentos, a saber:

a) Sindicância instaurada para analisar eventual vício na documentação apresentada pela acusada para se habilitar como pensionista do Cel Ex Jorge Luiz Senra Pessoa (apenso 1);

b) Cópia da sentença cível, exarada pela Justiça Federal, que julgou improcedente o pleito de restabelecimento da pensão militar (fls. 26/28);

c) Certidão de óbito do Cel Ex Jorge Luiz Senra Pessoa, falecido em 2 de abril de 2009 (fl. 40);

d) Relatório e Conclusão do IPM (fls. 56/60);

e) Certidão de casamento, registrada em 28 de fevereiro de 1952, constando averbação do divórcio em 30 de setembro de 2000 (fl. 72);

f) Laudo pericial contábil em que se registra prejuízo ao erário de R$ 522.185,77 (quinhentos e vinte e dois mil, cento e oitenta e cinco reais e setenta e sete centavos) – fls. 97/101;

g) Diligências complementares (fls. 125/126);

h) Solução do Inquérito Policial Militar (fl. 127);

i) Folha de antecedentes criminais da acusada (fls. 151/158).

O recebimento da denúncia ocorreu em 25 de agosto de 2014 (fl. 144), e a citação da ré, mediante carta precatória, em 27 de março de 2015 (fls. 207/208).

Foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação, Sr. Luiz Carlos Guimarães Pessoa (fls. 276/277), e pela defesa, Sra. Cristiane Martins Fabiano de Souza (fl. 238) e Sr. Raimundo dos Santos Alves (fls. 331/332).

Instruíram os autos cópias dos documentos que integram o processo de habilitação à pensão militar e a posterior exclusão da beneficiária, encaminhadas pelo Comandante da 1ª Região Militar ao juízo de primeira instância (fls. 261/328).

Por ocasião do interrogatório da denunciada, ela declarou, de relevante, o seguinte (fls. 356/359):

> [...] Que conhece a primeira testemunha arrolada, senhor LUIZ CARLOS GUIMARÃES PESSÔA, que é seu filho, que não se dá com a interroganda, já tendo inclusive a ameaçado de morte [...]; que entende que não cometeu crime e assim a Denúncia não é verdadeira pois realmente estava divorciada do senhor JORGE LUIZ SENRA PESSÔA desde o ano de 1994, até que no ano de 2001 foi feito um testamento pelo referido senhor JORGE, o qual jamais averbou o divórcio junto ao Exército, onde a depoente sempre continuou constando como sua esposa, havendo até mesmo um declaração do senhor JORGE de que estava casado há mais de 55 anos com a interroganda, declaração esta que foi feita em 2007 na 49ª Vara de Família ou Cível da Comarca do Rio de Janeiro; que atribui as acusações, que não considera verdadeiras, às vantagens que seu filho LUIZ CARLOS pretendia obter, como acabou obtendo, após a morte de seu pai; [...] que no ano de 1998 JORGE LUIZ fez seu testamento no 18º Ofício da cidade do Rio de Janeiro, RJ, em que legava até 75% dos seus bens, à época e que viesse a adquirir posteriormente, à interroganda; que mesmo estando divorciada, a interroganda juntou documentos e se habilitou à pensão militar pelo fato de que o senhor JORGE LUIZ dizia estar casado com a interroganda; que não juntou qualquer documento falso para a obtenção da pensão militar, pois inclusive a documentação anexada foi analisada e lhe foi concedida a pensão; que, quando de sua habilitação à pensão, apresentou a documentação à SIP1, no Palácio Duque de Caxias, acompanhada por um indivíduo que se dizia advogado, de nome OTTO DE SOUZA, o qual providenciou e levou os documentos para ha-

> bilitação; que, posteriormente, a interroganda descobriu que o senhor OTTO não era advogado, embora lhe tenha sido apresentado como tal, sendo, na verdade, miliciano; [...].

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM nada requereu (fl. 363), enquanto a Defesa pleiteou diligências ao Comando da 1ª Região Militar do Exército SIP/1-Rio "para que informe expressamente se houve alguma alteração na Declaração de beneficiários do Sr. JORGE LUIZ SENRA PESSOA" (fls. 369/370). Por sua vez, a Força Terrestre informou que não há registro de alteração de dados dos beneficiários (fl. 375), sendo que permanece constando o nome da ora recorrente na aludida lista (fl. 378).

Registre-se que, na certidão de óbito do Cel Ex JORGE LUIZ, de fl. 380, consta seu estado civil como "casado", a despeito de a certidão de óbito de fl. 386 mencioná-lo como "divorciado".

Aberta vista dos autos ao MPM para ofertar alegações escritas (fls. 398/405), a acusação consignou que, além de a acusada apresentar documento falso perante o Exército Brasileiro para se habilitar irregularmente como pensionista, embora seu estado civil fosse "divorciada", ela se identificou com o nome de casada, MARIA APARECIDA GUIMARÃES PESSOA, ao invés do nome real, Maria Aparecida de Paula Guimarães. Ao final, postulou a condenação pela prática de estelionato contra o sistema previdenciário, em decorrência da obtenção de vantagem ilícita a partir da fraude perpetrada, embora considere pertinente a aplicação do disposto no art. 43 do Código Penal (penas restritivas de direitos), uma vez que se trata de civil.

Na mesma fase processual (fls. 407/409), a advogada constituída, Dra. Jossane Wesz Leitemperger, sustentou que o recebimento da pensão militar ocorreu de forma lícita, na medida em que o nome da acusada constava no rol dos beneficiários do falecido Coronel em sua declaração junto ao Exército Brasileiro. Pugnou, portanto, pela absolvição ante o fato não constituir infração penal, embora tenha indicado como fundamento o dispositivo da Legislação Processual Penal comum (art. 386, inciso III).

Ao final da sessão de julgamento ocorrida em 27 de abril de 2016, o Conselho Permanente de Justiça decidiu (fls. 425/436), por unanimidade de votos, julgar procedente o pleito acusatório para condenar a Sra. MARIA APARECIDA GUIMARÃES PESSOA à pena de 2 (dois) anos de reclusão, como incursa na prática do delito de estelionato, tipificado no artigo 251, c/c o artigo 72, inciso I, ambos do Código Penal Militar, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, com o *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de recorrer em liberdade.

A sentença foi lida e assinada em 5 de maio de 2016, na presença da advogada constituída pela ré, que foi intimada, conforme Ata de fl. 437.

Inconformada com a condenação, a Defesa interpôs o presente recurso de Apelação em 10 de maio subsequente (fl. 442).

Sobreveio o trânsito em julgado para a acusação em 16 de maio de 2016, conforme certificado à fl. 447.

Ao arrazoar seu apelo (fls. 444/446), a combativa defesa sustentou que o falecido Cel Ex JORGE LUIZ SENRA PESSOA jamais comunicou sua fonte pagadora quanto ao divórcio da acusada, visto que continuavam vivendo como se casados fossem. Acrescenta que não há nos autos prova de que a ré tenha cometido qualquer ilícito penal, uma vez que, mesmo após o falecimento do instituidor da pensão, o nome da Sra. MARIA APARECIDA continuava elencado na "Declaração de Beneficiários", motivo pelo qual ela deve ser absolvida.

Contra-arrazoando o recurso da parte *ex adversa*, o representante do Órgão Ministerial (fls. 449/456) requereu o desprovimento do recurso e a manutenção integral da sentença, enfatizando que a recorrente apresentou certidão de casamento sem averbação do divórcio, a fim de induzir em erro a Administração Militar e, com isso, conseguiu se habilitar como pensionista junto ao Exército Brasileiro, de outubro de 2009 a março de 2011, mesmo ciente da quebra do vínculo matrimonial decorrente do divórcio.

Alçados os autos a esta instância recursal, abriu-se vista à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, cabendo o parecer ao ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Mário Sérgio Marques Soares (fls. 467/474), ocasião em que opinou pelo desprovimento do recurso.

Em 2 de agosto do ano corrente, foi juntada cópia de documento encaminhado via fax ou *fac simile* (fls. 505/515), consistente em petição da defesa para absolver a ré diante de um "fato novo", qual seja, sentença prolatada pela 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santa Maria/RS, na qual é reconhecida a união estável da Sra. MARIA APARECIDA GUIMARÃES PESSOA com o Sr. Jorge Luiz Senra Pessoa, no período compreendido entre a data do divórcio do referido casal e o falecimento do Sr. Jorge Luiz, até então ocupante do posto de Coronel da Reserva Remunerada do Exército Brasileiro.

Manifestando-se acerca da sentença cível trazida pela Defesa (fls. 518/522), o douto parecerista da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, Dr. Mário Sérgio Marques Soares, frisou que o reconhecimento posterior da união estável não é suficiente para afastar a consumação do delito de estelionato, praticado mediante apresentação de certidões falsas à OM para criar um cenário de normalidade na obtenção de pensão militar indevida, já que a postulante ao benefício já se encontrava divorciada do *de cujus*. Ao final, ratifica o parecer anterior (fls. 505/515) e pugna pelo desprovimento do recurso defensivo.

Tendo em vista a incompletude das laudas que compõem a referida sentença, foi juntada novamente cópia desse documento (fls. 547/554), na íntegra, além da Certidão do trânsito em julgado, o que ocorreu em 22 de agosto do ano corrente (fl. 558).

Em novo parecer (fls. 563/563), a Procuradoria-Geral da Justiça Militar reitera os entendimentos consignados nos pareceres anteriores.

É o Relatório.

VOTO

No juízo de admissibilidade, o presente recurso de Apelação satisfaz os pressupostos objetivos e subjetivos, dentre os quais destaco a tempestividade, o interesse e a legitimidade, motivo pelo qual passo a conhecer da irresignação defensiva.

A despeito do volume considerável de ações penais militares que aportam nesta Corte para apurar os emblemáticos casos de crime de estelionato previdenciário, os presentes autos apresentam traços peculiares que os distinguem dos demais e que exigem especial atenção do julgador para solucioná-los. Vejamos.

Numa breve retrospectiva dos fatos, o órgão de acusação imputou à civil MARIA APARECIDA GUIMARÃES PESSOA a ação de ludibriar a Administração Militar, induzindo-a em erro, mediante a apresentação de documentos falsos para sua habilitação como pensionista do Cel Ex JORGE LUIZ SENRA PESSOA, falecido em 2 de abril de 2009.

Segundo revelaram as investigações, foi concedida a pensão militar à referida civil em outubro de 2009 (fl. 307 – vol. 2), o que somente foi possível devido à apresentação da Certidão de Casamento sem averbação do divórcio litigioso havido entre o casal (fl. 35 do Apenso 1) e da Certidão de Óbito com adulteração do estado civil do falecido, de divorciado para casado.

A provocação do Exército Brasileiro quanto à eventual irregularidade na pensão militar, por mais inusitada que seja, partiu do filho da apelante, Sr. Luiz Carlos Guimarães Pessoa, que, em janeiro de 2011, deslocou-se até o Setor de Pagadoria da Força (SIP/1) e noticiou fatos que propiciaram a abertura de sindicância para averiguar o recebimento ilícito do benefício. Ao final das apurações, constatou-se que a Sra. MARIA APARECIDA era divorciada do Sr. JORGE LUIZ desde 1994, o que acarretou a anulação do ato de implantação da pensão militar à nominada civil a partir de abril de 2011 (fls. 306/307).

A disparidade entre os documentos entregues pela recorrente à SIP/1 (Seção de Inativos e Pensionistas – fls. 262 e 275) e os registrados tanto no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais – 2ª Zona da Comarca de Santa Maria/RS, quanto no Cartório da 4ª Circunscrição de Óbito do Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato/RJ (fls. 293/295), provou que houve manipulação de

dados com a finalidade de auferir recursos financeiros de pensão militar, que seria indevida, porquanto a postulante não reunia as credenciais para tanto.

Em que pese esse cenário de irregularidades na percepção da pensão, em especial porque a ora recorrente ostentava estado civil de divorciada e, como é de larga sabença, o divórcio põe definitivamente fim ao vínculo matrimonial, inclusive seus efeitos previdenciários, aportou aos autos sentença prolatada pela 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santa Maria/RS, por meio da qual foi reconhecida a união estável entre a recorrente e o Cel Ex JORGE LUIZ desde o divórcio do casal até o passamento deste senhor (fls. 547/554).

Transcrevo, para afugentar eventuais dúvidas, a parte dispositiva da sentença retromencionada, *in verbis*:

> Diante do exposto, julgo procedente o pedido formulado por Maria Aparecida Guimarães Pessoa contra a Sucessão de Jorge Luiz Senra Pessoa, representada pelos filhos Jorge Henrique Guimarães Pessoa e Luís Carlos Guimarães Pessoa para, com fundamento legal no art. 487, I, do Código de Processo Civil, **declarar a união estável existente entre a autora e o falecido, nos moldes do Art. 1.723 e parágrafos do Código Civil, combinado com o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, no período compreendido entre 1996 e abril de 2009**. (Destaque nosso).

Com efeito, depara-se com um fato novo, não conhecido à época da sentença condenatória exarada pelo Conselho Permanente de Justiça, que altera substancialmente os desdobramentos jurídicos da persecução penal em curso e que, inclusive, serve de lastro para a recorrente reverter o impedimento administrativo para figurar como pensionista, após sua exclusão do rol de beneficiários junto ao Exército Brasileiro.

Nos termos do art. 1.014 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), do qual nos socorremos por não haver disposição semelhante na legislação processual militar, *"As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior"*.

Sabe-se que a sentença condenatória ora combatida data de 27 de abril de 2016, sendo que a prolação da sentença cível sobreveio em 25 de julho de 2016 (fl. 554), com trânsito em julgado em 22 de agosto subsequente (fl. 558), data posterior à remessa dos autos a esta instância, em sede de recurso de Apelação, ocorrida em 22 de junho de 2016 (fl. 501), o que evidenciou a impossibilidade de apreciação da matéria, em sua completude, pelo Conselho Permanente de Justiça. Portanto, nada impede que seja examinada em grau de recurso com efeito devolutivo amplo, tal como se afigura a Apelação.

Se atualmente está reconhecido o elo de união estável entre o casal (Sra. MARIA APARECIDA e Sr. JORGE LUIZ), mesmo após o advento do divórcio, em face do provimento jurisdicional corporificado na sentença exarada pelo juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santa Maria/RS, não cabe a esta Corte Castrense, até pela vocação jurisdicional estritamente criminal que tem, questionar tal situação firmada por outro órgão do Poder Judiciário, mormente porque já acobertada pelo manto intocável do trânsito em julgado (certidão de fl. 558).

No tocante ao aperfeiçoamento do tipo penal pretendido pelo *Parquet* das Armas desde a denúncia até o encerramento da instrução processual, sabe-se que a consumação do estelionato, emoldurado no art. 251 do Código Penal Militar, pressupõe a obtenção de vantagem ilícita pelo agente. Entretanto, diferentemente do que restou consignado no decreto condenatório de primeira instância, a referida elementar do crime não se configurou, uma vez que foi reconhecida judicialmente a entidade familiar constituída, na forma de união estável, pela postulante à pensão militar e seu ex-marido, em data anterior (1996) ao pleito do benefício pensional (2009), porquanto nenhuma ilicitude subsistiu na obtenção de recursos a título de pensão.

Conforme explanado, a atipicidade da conduta nos moldes do que se exige para a configuração do estelionato advém da carência de uma das elementares, qual seja, a vantagem econômica indevida. Tal conclusão emerge da constatação de que uma pessoa que teve vínculo de união estável com outra falecida faz jus à assistência previdenciária junto à Fonte Pagadora, o que descaracteriza o viés de ilicitude dos recursos auferidos e, por conseguinte, transmuda um fato típico para atípico.

Em caso análogo ao ora enfrentado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em julgado de 2 de julho de 2013, decidiu pela atipicidade da conduta diante da acusação pela prática de estelionato e falsidade ideológica, após demonstrada a união estável *post mortem* com o falecido por provas testemunhais. Vejamos:

> Ementa: Apelação criminal. Assistente de acusação. Estelionato e falsidade ideológica. Suposta declaração falsa da condição de companheira de pessoa falecida para fins de obtenção de vantagem de pensão. Condenação. Impossibilidade. Provas testemunhais suficientes dando conta da existência de união estável entre ré e falecido. Conduta atípica. - A autora da representação que motivou a presente ação penal descuidou da prova, aliás, que poderia ser requerida no Juízo Cível. - A apelada provou que, efetivamente, viveu em união estável até o falecimento de A. e, em assim sendo, inadmissível querer a condenação da apelada por estelionato e falsidade ideológica, portanto, prova que não autoriza concluir que houve união estável com exclusividade do falecido com a autora da dita representação. - A sentença absolutória pode e deve ser mantida.

> Acórdão. Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. Belo Horizonte, 2 de julho de 2013. - Walter Luiz de Melo – Relator.
>
> (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.08.008121-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Assistente do Ministério Público - Apelada: I.M.S. - Vítima: G.P.B. - Interessado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: L.A.M., E.J.S. - Relator: DES. WALTER LUIZ DE MELO).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso defensivo, para desconstituir a sentença condenatória firmada no juízo *a quo* e, consequentemente, absolver a civil MARIA APARECIDA GUIMARÃES PESSOA da acusação pela prática do crime de estelionato, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso defensivo, para desconstituir a sentença condenatória firmada no Juízo *a quo* e, consequentemente, absolver a Civil Maria Aparecida Guimarães Pessoa da acusação pela prática do crime de estelionato, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM.

Brasília, 4 de abril de 2017 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 39-14.2017.7.00.0000-RJ

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Paciente: Eduardo Quadros Velloso, Capitão de Fragata.

Impetrantes: Drs. Valdir Andrade dos Santos, Eloina Maria de Oliveira Araújo e José Dionízio da Rocha.

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PACIENTE MILITAR DA ATIVA. COMPETÊNCIA DA JMU. MEDIDA EXCEPCIONAL. MANIFESTA AUSÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO DE MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA.

1. Em observância estrita ao que contempla a Constituição Federal, é competente a Justiça Militar da União para o processamento e julgamento de habeas corpus que tem como paciente militar da ativa, por suposto cometimento de delitos militares, ainda que em procedimento investigatório.

2. Ausentes os elementos indiciários mínimos, demonstrativos de materialidade, tem-se a configuração da excepcionalidade necessária ao trancamento de procedimento investigatório, em especial quando este se evidencia em forma de intimidação e punição.

Ordem conhecida e concedida. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, confirmando a competência da Justiça Militar da União, conheceu do **habeas corpus** e concedeu a ordem pleiteada, para trancar o Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, instaurado pelo

Procurador de Justiça Militar, Dr. Antônio Antero dos Santos, atuante no 6º Ofício Geral da Procuradoria de Justiça Militar, no Rio de Janeiro, e, por consequência, declarar a nulidade das providências requeridas no Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1ºOfício Especializado, por ausência de justa causa, determinando seu imediato arquivamento, ressalvando, contudo, a renovação das investigações em caso de surgimento de novos fatos e provas. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 28ª Sessão, 9/5/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado pelos advogados Drs. VALDIR ANDRADE DOS SANTOS, ELOINA MARIA DE OLIVEIRA ARAÚJO e JOSÉ DIONÍZIO DA ROCHA em favor do **Capitão de Fragata EDUARDO QUADROS VELLOSO**, alegando constrangimento ilegal por parte do Procurador de Justiça Militar Dr. ANTÔNIO ANTERO DOS SANTOS, atuante no 6º Ofício Geral da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, que determinou a instauração do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, sob a alegação da prática, pelo Paciente, dos supostos delitos descritos nos arts. 213, 319 e 324, todos do CPM.

Sustentam os Impetrantes que, em 9 de janeiro de 2017, a autoridade apontada como coatora encaminhou ao Paciente, então Diretor do Presídio da Marinha, localizado no Rio de Janeiro, o Ofício nº 001/2017/6ªPMRJ/1º Ofício Especializado, requisitando, com urgência e dentre outras providências, a instalação de um aparelho de ar condicionado portátil na cela do Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, que cumpre pena de 36 (trinta e seis) anos de reclusão na mencionada instituição carcerária, estabelecendo prazo de 3 (três) dias para o cumprimento da requisição.

Enfatizaram os advogados que, por meio do Ofício nº 51/PM-MB, de 19 de janeiro de 2017, o Paciente esclareceu ao Procurador de Justiça que a cela do Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA é salubre, pois tem janelas, ventilador de teto e condicionamento térmico adequado, mas que se comprometia a instalar cortinas para bloquear a incidência solar, o que efetivamente foi providenciado, por mera liberalidade. Contudo, com relação à instalação do aparelho de ar condicionado, apresen-

tou o Parecer Técnico nº 1/2017, que firmava ser impossível a providência, considerando a incapacidade de aquela construção antiga suportar carga adicional, além de ser difícil o cálculo do consumo mensal de energia para que o detento efetivasse o ressarcimento aos cofres públicos. Apontou, ainda, que a medida feriria o Princípio da Isonomia, considerando que os demais internos não poderiam usufruir da mesma benesse.

Apesar das explicações apresentadas pelo Paciente, o Representante do Ministério Público Militar encaminhou ao Presídio da Marinha o Ofício nº 42/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, de 24 de janeiro de 2017, e determinou, no prazo de 3 (três) dias, a reforma necessária ou a substituição da rede elétrica para que o benefício fosse garantido ao detento, sob pena de responsabilização penal.

Em resposta, o Paciente encaminhou ao 6º Ofício Geral da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro o Ofício nº 136/PM-MB, de 2 de fevereiro de 2017, informando, mais uma vez, da impossibilidade técnica para o cumprimento da requisição.

Por fim, noticiam os Impetrantes que, em 8 de fevereiro de 2017, a autoridade apontada como coatora instaurou o Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106 em face do Paciente, alegando supostas práticas de maus-tratos, prevaricação e inobservância de lei, regulamento ou instrução, todos do CPM, "ou quaisquer outros delitos previstos no mesmo diploma legal", conforme Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, no qual consta, dentre outras, a determinação de oitivas do Paciente e do detento Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, previstas para realização no dia 16 de março de 2017, na sede da Procuradoria da Justiça Militar no Rio de Janeiro.

Liminarmente, requereram a suspensão do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, bem como das requisições contidas no Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, até o trânsito em julgado do presente Habeas Corpus.

No tocante ao mérito, pugnam os Impetrantes pela declaração da nulidade do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, determinando-se o seu arquivamento por falta de amparo legal.

Com a impetração, vieram aos autos, dentre outros, cópia do Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado (fls. 13/16), do Ofício nº 001/2017/6ªPMRJ/1º Ofício Especializado (fl. 17); Carta da Sra. SHIRLEY MARQUES LIMA SANTOS SARDINHA (fls. 18/19); Ofício nº 51/PM-MB (fls. 29/30), Parecer Técnico nº 1/2017, do Presídio da Marinha (fl. 31); Ofício nº 42/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado (fls. 32/33); Ofício nº 136/PM-MB (fls. 34/37); e Ofício nº 206/PM-MB (fls. 47/57).

Em Despacho de 24 de fevereiro de 2017 (fls. 71/73), deferi a medida liminar requerida para determinar a suspensão do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, bem como das requisições contidas no Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, até o julgamento do presente Habeas Corpus. Na mesma oportunidade, requisitei as informações necessárias à instrução do feito à autoridade apontada como coatora, o Procurador de Justiça Militar Dr. ANTÔNIO ANTERO DOS SANTOS, as quais vieram aos autos em 6 de março de 2017, via mensagem eletrônica, por meio do Ofício nº 132/2017/6ª PJMRJ/1º Ofício Especializado (fls. 66/67).

Noticiou a autoridade apontada como coatora que a instauração do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.116 encontra amparo na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 75, bem como nas Resoluções nº 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, e nº 51/2006, do Conselho Superior do Ministério Público Militar. Aduziu não poder quedar-se inerte diante do que fora noticiado pela Senhora SHIRLEY MARQUES LIMA SANTOS SARDINHA, esposa do Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, que reportou a prática de maus-tratos contra o referido custodiado.

Apontou ser dever do Ministério Público Militar a fiscalização das instalações prisionais, a fim de verificar a ocorrência de irregularidades ou condutas delituosas praticadas contra os custodiados, mesmo daqueles cuja execução penal não seja afeta ao MPM (fls. 197/218).

Solicitadas informações adicionais ao Juízo da Vara de Execuções Penais (VEP) da Comarca do Rio de Janeiro, a MMa. Juíza de Direito Dra. LARISSA MARIA NUNES BARROS FRANKLIN DUARTE, Magistrada que atua na Carta de Sentença para Execução Penal nº 2013.750.017863-1, referente ao Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, noticiou ter determinado a transferência do Apenado para estabelecimento prisional sob atribuição da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, considerando tratar-se de condenação pela prática de crime comum, com trânsito em julgado.

Informou a Magistrada, ainda, que desconhecia os fatos versados nestes autos, não havendo requerimento ou autorização da VEP para instalação de aparelho de ar condicionado na cela ocupada pelo aludido detento do Presídio da Marinha, bem como para seu deslocamento à sede da 6ª Procuradoria da Justiça Militar do Rio de Janeiro ou para qualquer outro local.

Pontuou ter determinado a intimação do Diretor do Presídio da Marinha para esclarecimentos sobre os fatos e para remeter o atestado de comportamento carcerário do Apenado. Por fim, abriu vista ao Ministério Público Estadual para conhecimento e manifestação acerca das faltas disciplinares porventura praticadas pelo detento (fls. 220/244).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI (fls. 250/257), opinou pelo conhecimento do feito, por considerar estarem presentes os requisitos legais e por ser da competência desta Corte o seu processamento, e pela concessão da ordem, sustentando, em síntese, o seguinte, *in verbis*:

> (...) Falece, portanto, a nosso aviso, ao representante do Ministério Público Militar, atribuição para exercer o controle sobre tal execução da pena, bem como para exigir o que quer que entenda de direito diretamente ao Diretor do Presídio da Marinha, **sem passar pelo crivo do Juízo de Execução**. Falta-lhe, enfim, condição para instaurar procedimentos criminais decorrentes de eventuais descumprimentos de atos exigidos por quem não está legitimado para tanto. (negrito no original).

É o Relatório.

VOTO

A princípio, em sede de admissibilidade, cabe firmar a competência deste Tribunal para conhecimento da demanda que ora se apresenta, conforme já bem pontuou a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, a despeito de a autoridade tida como coatora integrar o Ministério Público Militar, e, via de consequência, o Ministério Público da União.

Em uma análise perfunctória, poder-se-ia concluir não ser o presente *writ* afeto à competência deste Tribunal ou mesmo da Justiça Militar da União, considerando que o polo passivo da ação é ocupado por Representante do Ministério Público Militar, ou seja, membro do Ministério Público da União, como já se manifestou a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27.872/DF, da relatoria da Ministra ELLEN GRACIE, julgado em 2/3/2010, que trago à colação, *in litteris*:

> EMENTA: COMPETÊNCIA CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. **REQUISIÇÃO POR PROMOTOR DE JUSTIÇA MILITAR**. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR EVENTUAL HABEAS CORPUS. ART. 108, I, *a*, c/c ART. 128, I, *c*, DA CF**. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. 1. O presente recurso ordinário em mandado de segurança visa ao reconhecimento da incompetência do Superior Tribunal Militar para determinar o trancamento de inquérito policial militar instaurado por requisição do Ministério Público Militar. 2. **O Ministério Público Militar integra o Ministério Público da União, nos termos do disposto no art. 128, I, *c*, da Constituição Federal, sendo que compete ao Tribunal Regional Federal processar e julgar os membros do Ministério Público da União (art. 108, I, *a*, CF)**. 3. Consoante já decidiu esta Corte, "em matéria de competência para o habeas corpus, o sistema da Constituição Federal – com a única exceção daqueles em que o coator seja Ministro de Estado (CF, arts. 105, I, *c*, e 102, I, *e*) –, é o de conferi-la originariamente

> ao Tribunal a que caiba julgar os crimes da autoridade que a impetração situe como coator ou paciente (CF, arts. 102, I, *d*; 105, I, *c*)." (RE 141.209, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.03.1992). 4. Desse modo, se o IPM foi instaurado por requisição de membro do Ministério Público Militar, este deve figurar como autoridade coatora (RHC 64.385/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 07.11.1986), cabendo ao Tribunal Regional Federal o julgamento de eventual habeas corpus impetrado contra a instauração do inquérito. 5. Recurso provido. (RMS 27872, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 2/3/2010, publicado no DJe de 19/3/2010). (grifos nossos).

Contudo, a referida matéria, até a data de hoje, não foi apreciada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, e tal questão, decidida pela Segunda Turma, apresenta dissonância com o próprio texto constitucional.

Noutro julgado, o Pleno do STF pontuou sobre a competência em sede de habeas corpus, *in verbis*:

> EMENTA: **COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - DEFINIÇÃO. A competência para o julgamento do habeas corpus é definida pelos envolvidos – paciente e impetrante.** COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - ATO DE TURMA RECURSAL. Estando os integrantes das turmas recursais dos juizados especiais submetidos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal, incumbe a cada qual, conforme o caso, julgar os habeas impetrados contra ato que tenham praticado. COMPETÊNCIA - HABEAS CORPUS - LIMINAR. Uma vez ocorrida a declinação da competência, cumpre preservar o quadro decisório decorrente do deferimento de medida acauteladora, ficando a manutenção, ou não, a critério do órgão competente. (HC 86834, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/8/2006, publicado no DJ de 9/3/2007). (grifos nossos).

O julgado transcrito, objeto de análise pelo Plenário do STF, demonstra que a questão ora em análise não encontra pacificação jurisprudencial, o que demanda detido estudo, levando-se em consideração, além da condição da autoridade coatora, a do próprio Paciente e, sobretudo, da matéria que gerou o ato tido como abusivo ou ilegal.

Sabido serem competentes os Tribunais Regionais Federais para processar e julgar, originariamente, os membros do Ministério Público da União, nos termos do art. 108, inciso I, alínea "a", da CF.

Este caso, contudo, não trata de julgamento de membro do MPM, órgão que compõe o MPU, mas de habeas corpus que o tem como autoridade coatora, em discussão que envolve ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção de Paciente militar, por ilegalidade ou abuso de poder daquela autoridade.

Se tratássemos de imputação penal ao Representante do Ministério Público, inegável seria a incompetência desta Justiça Especializada para seu conhecimento, considerando ser o ramo federal o seu Juízo Natural. Contudo, o que se tem em apreciação é a apuração de **delitos tidos como militares, em tese, atribuídos a militar da ativa da Marinha do Brasil, que tem esta Justiça como seu Juízo Natural**.

Estes autos tratam, portanto, do exame de imputação criminal, prevista no Código Penal Militar, praticada, em hipótese, a militar da ativa.

À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, nos termos do art. 124 da Constituição Federal. Assim, eventual ação penal militar originária do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, imputando ao Paciente Capitão de Fragata EDUARDO QUADROS VELLOSO, na condição de Diretor do Presídio da Marinha, as supostas práticas de maus-tratos, prevaricação e inobservância de lei, regulamento ou instrução, todos do CPM, "ou quaisquer outros delitos previstos no mesmo diploma legal", serão processadas e julgadas pela Justiça Militar da União, nos termos do art. 9º, incisos I e II, alínea "a", do CPM.

Assim, considerando que o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou que "a competência para o julgamento do habeas corpus é definida pelos envolvidos – paciente e impetrante" (HC nº 86.834), não há, apenas, que tomar por base a prerrogativa de foro da autoridade coatora, que sequer está constitucionalmente clara no que toca ao habeas corpus.

Analisando o inteiro teor do Acórdão prolatado nos autos do citado HC nº 86.834, o Ministro MARCO AURÉLIO fez a seguinte assertiva:

> A competência para julgar habeas corpus é definida em face dos envolvidos na impetração. O paciente quase sempre não detém prerrogativa de foro. Então, cumpre perquirir quanto à autoridade coatora.

Neste caso, como demonstrado, o Paciente detém a Justiça Militar da União como seu foro especializado. Portanto, esse deve ser respeitado e prevalecer ao da autoridade coatora, que não tem previsão constitucional expressa.

Em sede de habeas corpus, a Constituição Federal não indicou que a competência para seu conhecimento, tratando-se de membro do Ministério Público da União, seria afeta à Justiça Federal. Tal ressalva, em tal nível, somente foi feita em relação à figura do juiz federal, conforme dispõe a já citada alínea "d" do inciso I do art. 108 da CF. Dessa forma, no que tange ao Ministério Público, a competência originária da Justiça Federal deveu-se a algumas decisões de Turma, jurisprudência não confirmada pelo Plenário do STF.

Situação diversa seria se a indicação da autoridade coatora tivesse recaído sobre o Procurador-Geral da Justiça Militar da União, que oficia perante este Tribunal, ocasião em que a competência para conhecer de eventual habeas corpus seria do Superior Tribunal de Justiça, por força da **disposição expressa** constante no art. 105, inciso I, alínea "c", da CF.

Portanto, quando a Constituição Federal tinha por objetivo atribuir foro especial aos membros do Ministério Público, bem como às demais autoridades nela elencadas, o fez expressamente. Assim, se não há indicação precisa, não pode a hermenêutica se imiscuir no texto constitucional com vistas a reservar competência em razão da pessoa, em especial quando se trata de resguardar o direito a liberdade do paciente.

Há de se apontar, também, que ao Superior Tribunal Militar compete processar e julgar, de forma originária, os pedidos de habeas corpus e habeas data, nos casos permitidos em lei, conforme previsão do art. 6º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 8.457/92.

A matéria em análise já foi objeto de discussão por esta Corte, conforme apontam as seguintes ementas, que fixam a competência da JMU para processar e julgar habeas corpus nos moldes como o ora apresentado, *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. **TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. AUTORIDADE COATORA. PROMOTOR DA JUSTIÇA MILITAR. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. JUIZ NATURAL. REJEIÇÃO**. ARQUIVAMENTO DA INQUISA. PERDA DE OBJETO. **Recai neste Pretório Castrense a competência para julgar habeas corpus contra ato de Promotor de Justiça Militar que no seu mister funcional requer a instauração de IPM, uma vez que a competência da Justiça Federal, a teor do art. 108, inciso I, da CF, cinge-se a crimes comuns e de responsabilidade cometidos por membros do Ministério Público da União, o que não se ajusta ao presente caso**. Ademais, a indicação do Promotor de Justiça Militar como autoridade coatora não configura obstáculo ao "writ", na medida em que, uma vez concluídas as investigações criminais e remetidos os autos do IPM à Circunscrição Judiciária Militar onde, em tese, ocorreu a infração penal, por força do disposto no art. 23, *caput*, do CPPM, transmudou-se a situação até então existente, passando a figurar como coator o Exmº Sr. Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que examinou os autos e apôs seu despacho. Preliminar de incompetência da Justiça Militar da União não conhecida. No mérito, não mais subsiste interesse processual do impetrante no pleiteado trancamento do IPM e de eventual ação penal militar, uma vez que foi ordenado o arquivamento da inquisa, sem que houvesse notícia ao menos de denúncia formulada em desfavor do paciente. Habeas corpus não conhecido, por perda de objeto. (STM. HC nº 198-98.2010.7.00.0000/SP. Relator Ministro Ten Brig Ar JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS, julgado em 6/4/2011, publicado no DJe de 2/5/2008). (grifos nossos).
>
> EMENTA. HABEAS CORPUS. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. TRANCAMENTO DE IPM. Inquérito instaurado por requisição do MPM. Competência da Corte Castrense para apreciar e julgar habeas corpus conforme art. 124 da CF/88 e art. 469 do CPPM. **O ato supostamente coator, embora expedido por autoridade do Ministério Público da**

> **União, produziu consequências, com a abertura oficial da investigação. A questão não é de competência, mas de jurisdição especial expressamente fixada pela CF para apurar os crimes militares definidos em lei, prevalecendo em relação à Justiça Comum, ratione materiae.** O trancamento do inquérito por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando de plano se verifica a inequívoca ausência de justa causa por tratar-se de fato atípico ou a evidente impossibilidade de ser o indiciado o autor dos fatos investigados. No caso dos autos, a efetiva divulgação de documentos sigilosos por parte do denunciado retira a justa causa para a abertura de inquérito por manifesta atipicidade. Ordem concedida. Unânime. (STM. HC nº 2007.01.034411-0/DF. Relator Ministro Alte Esq RAYDER ALENCAR DA SILVEIRA, julgado em 8/4/2008, publicado no DJe de 11/5/2011). (grifos nossos).

Assim, a competência para o processamento e julgamento do presente *writ* é deste Tribunal, mesmo tendo como autoridade coatora Representante do *Parquet*, em observância estrita ao que contempla a Constituição Federal.

Reafirmo que o que se pretende neste instrumento constitucional é a preservação da liberdade de locomoção de militar da ativa, considerando que a conduta que originou o procedimento investigatório refere-se ao exercício pleno das atividades funcionais inerentes ao cargo que, à época, ocupava o Paciente.

Certo é que este HC não visa ao julgamento de Membro do Ministério Público Militar, mas, tão somente, à correção de eventual ato ilegal ou praticado com abuso de poder. Assim, se for o caso de responsabilização criminal da autoridade apontada como coatora, tal apuração dar-se-á em momento posterior e será atribuída às autoridades competentes.

Concernente à via eleita, verifica-se no habeas corpus a garantia conferida pela Constituição Federal àquele que está sofrendo ou encontra-se na iminência de sofrer coação, ameaça ou violência de constrangimento na sua liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou de abuso de poder perpetrado por autoridade. Visa, ainda, ao controle da legalidade que deve imperar nos procedimentos regulados pelo processo penal.

Assim, acertada a impetração, haja vista a imperiosa necessidade de resguardo ao direito de ir e vir do Paciente Militar, ameaçado com a instauração do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, considerando a indicação de possíveis delitos de natureza militar a que são cominadas penas privativas de liberdade.

Pelo exposto, FIRMO a competência do Superior Tribunal Militar para julgar o presente *writ*.

Dessa forma, estando preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente Habeas Corpus por esta Corte de Justiça Militar.

Firmada a competência desta Corte para o conhecimento da matéria trazida nesta impetração, no tocante ao mérito, pretendem os Impetrantes que seja declarada a nulidade do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, determinando-se o seu arquivamento por falta de amparo legal.

Em síntese, noticiam os autos que o Procurador de Justiça Militar Dr. ANTÔNIO ANTERO DOS SANTOS, atuante no 6º Ofício Geral da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, determinou a instauração do Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, imputando ao Paciente os delitos descritos nos arts. 213, 319 e 324, todos do CPM, "ou quaisquer outros delitos previstos no mesmo diploma legal".

Tal providência teria sido motivada pela negativa do Capitão de Fragata EDUARDO QUADROS VELLOSO, então Diretor do Presídio da Marinha, de acatar a determinação emanada do Representante do Ministério Público Militar para instalação de aparelho de ar condicionado portátil na cela ocupada pelo detento Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, que cumpre pena definitiva pela prática de delito comum, haja vista a impossibilidade de a rede elétrica predial suportar a sobrecarga, bem como por não estar o apenado custodiado em local insalubre e em razão de a medida ferir preceitos de isonomia com os outros detentos.

Esta impetração traz à tona pontos delicados, que merecem especial atenção, ainda mais quando se tem em mente a realidade dos presídios brasileiros, os quais, em várias hipóteses, se tornam palcos dos mais terríveis atentados aos princípios basilares de dignidade, de salubridade e de segurança da população carcerária. Nesse aspecto, a atuação precisa dos órgãos estatais – como o Ministério Público – torna-se fundamental para que violações de tais ordens não se aperfeiçoem ou para que haja o restabelecimento do respeito devido aos detentos.

Historicamente, o Ministério Público brasileiro emergiu do direito lusitano, por meio das Ordenações Manuelinas, de 1521, e Filipinas, de 1603. Àquele tempo, sua atuação cingia-se à defesa do Poder Público, estando atrelada, portanto, aos interesses dos monarcas.

Com a evolução da sociedade, a Instituição, guiada pelos novos anseios, tomou novo rumo, focando sua atuação no âmbito do processo judicial, sendo o responsável pela propositura da ação penal, bem como pela função de *custos legis*.

Mas o povo necessitava de uma representação mais significativa e eficaz. Assim, com o advento da atual ordem constitucional, o Órgão Ministerial recebeu nova roupagem, equipando-se para desafios muito maiores – ainda inéditos no nosso país –, passando a tutelar, dentre outros, os direitos transindividuais, que podem ser conceituados, sinteticamente, como aqueles que assistem à coletividade.

Nesse contexto, além de todas as atribuições que já lhe competiam, outras surgiram e o Ministério Público elevou-se à condição de defensor dos cidadãos, nos moldes já experimentados pela Suécia, personificado na figura do "*Ombudsman*", e pela Espanha e Argentina, como seu "*Defensor del Pueblo*", assim como por outros países.

A nova propositura restou consignada no art. 129, inciso II, da CF, que, dentre as funções institucionais do Ministério Público, pontuou:

> Art. 129.
>
> (...)
>
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (...).

Diante de desafios tão salutares ao bem de todos e à consolidação do processo de redemocratização do país, os membros da Instituição foram dotados de garantias que lhes conferem a necessária liberdade de atuação, estatuídos nos Princípios da Unidade, da Indivisibilidade e da Independência Funcional (art. 127, § 1º, CF).

Louvável, esse é o Ministério Público, em especial o Ministério Público Militar, que hoje se apresenta: instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF), que tem papel preponderante na sociedade.

Sem sua atuação precisa e eficaz, os cidadãos, muitas vezes, ficariam à mercê de toda a sorte de injustiças e desrespeitos, perpetrados por todo aquele que detivesse o mínimo poder de decisão ou comando. A sociedade estaria fadada à ruína, pois não se teria a quem recorrer em caso de atentado aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse mote, reafirmo, a Carta Política de 1988 muito bem o elevou à categoria de defensor da sociedade e da democracia, sendo imprescindível ao desenvolvimento social, seja atuando como fiscal da lei, seja acompanhando a atuação dos Poderes constituídos, principalmente no combate à corrupção e às demais mazelas que insistem em assolar a nação brasileira.

Na seara de defensor do povo, ainda competem ao *Parquet* diversas atribuições de cunho extrajudicial de relevância pública, como a fiscalização acerca do regular andamento dos estabelecimentos prisionais, instituições de menores, abrigos para idosos, dentre outros.

Do controle externo da atividade policial, do qual decorre a fiscalização dos presídios, assegura-se o Ministério Público de fiscalizar se aqueles que detêm a direção e a vigilância das instalações prisionais observam fielmente os

direitos consagrados na Constituição Federal e nas leis, visando, sempre, à prevenção e à correção de eventuais ilegalidades ou abusos de poder.

A Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 –, em seu art. 61, inciso III, elenca o Ministério Público como um dos órgãos da execução penal e especifica as incumbências a ele reservadas nos arts. 67 e 68, da seguinte forma, *in litteris*:

> Art. 67. O Ministério Público **fiscalizará a execução** da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.
>
> Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:
>
> I - **fiscalizar** a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;
>
> II **- requerer**:
>
> a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;
>
> b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;
>
> c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;
>
> d) a revogação da medida de segurança;
>
> e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;
>
> f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior.
>
> III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.
>
> Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio. (grifos nossos).

Vê-se, assim, que a intervenção do *Parquet* tem caráter preponderante para o bom andamento da execução das sanções penais, tanto no que toca à regularidade e à coerência do cumprimento efetivo das penas, quanto ao tratamento que ao preso é dispensado no interior das unidades prisionais.

No que tange às providências relativas ao escorreito processo executivo, a competência fica reservada ao ramo do Ministério Público atuante no Juízo da Execução. Assim, se a pena estiver sendo executada pela Justiça comum estadual, a fiscalização ficará a cargo do Ministério Público da unidade federativa respectiva.

Quanto ao resguardo da integridade física e moral da comunidade carcerária, assim como das garantias constitucionais e dos direitos humanos, não há impeditivo para que outros ramos do *Parquet* possam, concorrentemente,

atuar, pois imprescindível o dever de fiscalizar as unidades prisionais, com vistas à prevenção de torturas e maus-tratos de toda ordem e de eventual abuso de autoridade.

Nesse caso, ao Ministério Público, independentemente se integrante do ramo competente para a execução penal, cabe agir, judicial ou extrajudicialmente, para a interrupção das violações e para a promoção de eventual responsabilização civil, penal ou administrativa.

Por outro lado, a presença do *Parquet* nas unidades prisionais facilita a sua aproximação das autoridades responsáveis pela efetiva execução da pena, vivenciando a realidade da administração penitenciária, as dificuldades enfrentadas e as fragilidades do sistema, o que torna a relação mais profícua para ambos os lados.

No âmbito desta Justiça Especializada, a única penitenciária existente hoje é o Presídio da Marinha, criado pelo Decreto nº 59.317, de 28 de setembro de 1966, localizado na Ilha das Cobras, na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro.

A unidade histórica, devidamente conservada, cujo portão é tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, originou-se da inauguração do Forte do Pau da Bandeira, em 1736, que integrava o complexo da Fortaleza de São José da Ilha das Cobras. Nas dependências do atual Presídio Naval, figuras ilustres do Império foram mantidas encarceradas, como os inconfidentes Inácio José de Alvarenga Peixoto, advogado e poeta luso-brasileiro, a quem é atribuída a autoria da inscrição na bandeira de Minas Gerais: *"Libertas quae sera tamen";* e Tomás Antônio Gonzaga, jurista, poeta e ativista político, autor do famoso poema "Marília de Dirceu".

O Presídio da Marinha destina-se à custódia dos integrantes das Forças Armadas condenados a pena inferior a 2 (dois) anos ou que estejam à disposição da Justiça Militar ou da Justiça comum, conforme dispõe o art. 1º do citado Decreto nº 59.317/66, *in litteris*:

> Art. 1º. Fica criado o "Presídio da Marinha", dentro da estrutura orgânica do Ministério da Marinha, destinado a exercer a guarda do pessoal militar, condenado a pena inferior de 2 (dois) anos, em sentença passado em julgado, ou que esteja à disposição da Justiça Militar ou Civil.

Na prática, contudo, o estabelecimento penitenciário tem recebido detentos com condenação superior a 2 (dois) anos, considerando as peculiaridades deste ramo especializado.

Como se vê, a unidade prisional só abriga pessoal militar, mas não necessariamente pela prática de delito militar. Assim, os processos de execução podem ser afetos a esta Especializada, bem como à Justiça Comum, seja estadual ou federal, dependendo da natureza da infração: se militar ou comum.

Tratando-se de infração penal militar, a execução pode ser afeta à própria Justiça Castrense, desde que o apenado, com condenação até 2 (dois) anos, seja mantido em recinto de estabelecimento militar ou em estabelecimento penal militar, se oficial ou praça, respectivamente, conforme dispõe o art. 59 do CPM. Nessas hipóteses, a incidência da LEP se faz associada às leis penal e processual penal militares e à Lei de Organização Judiciária Militar – Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 –, que regulam a matéria.

Tratando-se de pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, deve ser cumprida em penitenciária militar e, não havendo, em estabelecimento prisional civil, passando a execução a ser regulada, nesse caso, exclusivamente, pela LEP.

Em caso de condenação por crime comum, mesmo que o detento mantenha o seu posto ou graduação, ostentando, portanto, a condição de militar, a execução será, obrigatoriamente, regulada pela LEP, independentemente se o cumprimento estiver ocorrendo em penitenciária ou em estabelecimento análogo civil ou militar.

A despeito da natureza da infração ou do local onde o sentenciado cumpre a pena que lhe fora devidamente imposta, certo é que a intervenção do Ministério Público nos processos de execução de sentença se mostra imprescindível.

Entretanto, tal intervenção deve ser feita nos exatos limites legais, não podendo ultrapassar ou ignorar a autoridade judiciária, a quem compete a execução penal, nos termos dos arts. 65 e 66 da LEP. Assim, em caso de constatação de condutas inapropriadas que firam a comunidade carcerária ou um detento específico, cabe ao Ministério Público tomar todas as providências necessárias ao restabelecimento da ordem, à reparação dos danos ou à responsabilização daqueles que lhe deram causa, mas não se substituir ao Juízo da execução.

Não se olvida que o *Parquet* detém mecanismos de tutela extrajudicial para a conservação ou o restabelecimento dos direitos coletivos, como o ajustamento de conduta, o inquérito civil e as requisições ministeriais. Porém, tais instrumentos não podem se sobrepor às demais autoridades constituídas.

Ademais, há que se frisar que o Órgão Ministerial requisita o que entender necessário ao cumprimento de sua missão constitucional. Determinação cabe à autoridade judiciária.

Dessa forma, havendo resistência à pretensão ministerial, o Poder Judiciário há de ser, obrigatoriamente, acionado, abrindo-se margem ao Contraditório e à Ampla Defesa, passando o *Parquet* a atuar como parte.

Assim, em que pese competir ao Ministério Público apurar quaisquer irregularidades porventura verificadas nas instalações prisionais, principalmente naquelas afetas ao seu ramo de atuação, não cabe a ele determinar e fazer ingerências relativas à direção de tais unidades, sob pena de extrapolar suas funções e intervir, de forma ilegítima, na área de competência de outra autoridade.

Além disso, vedado ao Órgão Ministerial, após não ser atendido em sua pretensão, sob o pálio de desempenho do seu mister, imputar conduta criminosa àquele que não admitiu sua requisição, devidamente justificada.

Situação diversa seria a que, em caso de pretensão resistida e após determinação judicial, o Ministério Público instaurasse procedimento investigatório para apurar possível prática de delito perpetrado por aquele que descumpriu a ordem do Juiz. Note-se que, em tal hipótese, a desobediência seria em relação à autoridade judiciária, não à requisição apresentada pelo *Parquet*.

Justamente é esse o cenário em que se desenrolaram os fatos que dão o pano de fundo desta impetração.

O Presídio Naval custodia o Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, que cumpre pena definitiva pela prática de delito comum. A execução da sentença é efetivada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca do Rio de Janeiro, portanto, sua fiscalização está a cargo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Muito embora a condição de preso por delito comum, o aludido oficial reformado mantém contato direto com o Procurador de Justiça Militar Dr. ANTÔNIO ANTERO DOS SANTOS, atuante no 6º Ofício Geral da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, bem como por meio de sua esposa Senhora SHIRLEY MARQUES LIMA SANTOS SARDINHA, a fim de reportar fatos que ele tem como sendo prática de maus-tratos, conforme retratado nestes autos, tanto pela peça inicial, quanto pelas informações oferecidas.

O Apenado queixa-se das dependências que ocupa, mencionando que as condições térmicas do local atentam contra a sua saúde, motivo pelo qual almeja a instalação de aparelho de ar condicionado para alívio nos dias mais quentes.

Compulsando os autos, não há qualquer indicativo de ação perpetrada pelo Diretor do Presídio ou pelos agentes prisionais que possa ser considerada como maus-tratos. Pelo contrário, evidenciam os autos que a cela ocupada pelo Primeiro Tenente Reformado apresenta perfeitas condições de segurança, salubridade e conforto, com instalação, inclusive, de cortinas *blackout*.

De acordo com as fotografias anexas ao Ofício nº 206/PM-MB, relativo à Inspeção Carcerária procedida pela autoridade apontada como coatora no Presídio da Marinha, a cela que abriga o Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA tem uma grande janela, obviamente, com grades, mas que apresenta abertura total, não havendo qualquer anteparo que impeça ou, ao menos, dificulte a circulação de ar. A porta, também gradeada, fica defronte à janela, o que facilita ainda mais a aeração. Além disso, o ambiente é guarnecido com ventilador de teto, ventilador portátil, climatizador de ar, frigobar, além de computador e chuveiro elétrico, instalado em regular e completo cômodo sanitário. Frise-se que o detento ocupa a cela sozinho.

A despeito do argumento de que o calor tem causado transtornos de saúde ao detento, não há laudos médicos que apontem para a ocorrência dos incômodos mencionados, como falta de apetite e insônia, muito menos que esses sintomas estão relacionados às temperaturas elevadas.

Ora, o Presídio da Marinha localiza-se na cidade do Rio de Janeiro, uma das capitais mais quentes do nosso país tropical, condição que afeta a todos os habitantes da cidade, não apenas ao aludido detento. Ademais, as condições climáticas não podem ser atribuídas à autoridade militar que dirige a instituição prisional. Entretanto, como já mencionado, as instalações são beneficiadas pela geografia da Baía de Guanabara, que, pelo menos, recebe a brisa vinda do Oceano Atlântico.

À vista de tais informações, soa desarrazoada, no mínimo, a intervenção do Procurador de Justiça Militar Dr. ANTÔNIO ANTERO DOS SANTOS, mesmo se levando em consideração que seu atuar baseia-se no zelo em relação ao resguardo da saúde dos detentos e na determinação de fielmente cumprir os encargos advindos do cargo. Em especial estranha-se o fato de que tais procedimentos têm como foco apenas um detento, desconsiderando todos os outros, que, igualmente, cumprem pena no mesmo estabelecimento prisional.

Indubitável que a autoridade tida como coatora, mesmo não sendo responsável pela fiscalização do processo executivo de réus condenados pela Justiça comum, deve buscar impedir a ocorrência de violações dos direitos dos detentos do Presídio da Marinha ou para restabelecer a situação de respeito aos imperativos legais que têm que reger as relações sociais. Porém, deve ouvir todas as partes envolvidas e fazer uma análise geral da situação, para que, sopesando os direitos conflitantes, possa encontrar uma solução equânime para a demanda apresentada, se esta for, no mínimo, razoável.

Demonstram os autos que, após a autoridade apontada como coatora ter encaminhado ao Presídio da Marinha, em 9 de janeiro de 2017, o Ofício nº 001/2017/6ªPMRJ/1º Ofício Especializado, requisitando, com urgência e dentre outras providências, a instalação de um aparelho de ar condicionado portátil na cela do Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, o Paciente, por meio do Ofício nº 51/PM-MB, de 19 de janeiro de 2017, esclareceu que a cela ocupada pelo interno apresentava salubridade. Relativamente à instalação do aparelho de ar condicionado, apresentou o Parecer Técnico nº 1/2017, que firmava ser impossível a providência, considerando a incapacidade de aquela construção antiga suportar carga adicional, além de ser difícil o cálculo do consumo mensal de energia para que o detento efetivasse o ressarcimento aos cofres públicos. Apontou, ainda, que a medida feriria o Princípio da Isonomia, considerando que os demais internos não poderiam usufruir da mesma benesse.

Apesar das explicações apresentadas pelo Paciente, o Representante do Ministério Público Militar encaminhou ao Presídio da Marinha o Ofício nº 42/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, de 24 de janeiro de 2017, e determinou, no prazo de 3 (três) dias, a reforma necessária ou a substituição da rede elétrica para que o benefício fosse garantido ao detento, sob pena de responsabilização penal.

Mais uma vez, o Paciente informou ao Procurador de Justiça Militar, conforme Ofício nº 136/PM-MB, de 2 de fevereiro de 2017, sobre a impossibilidade técnica para o cumprimento da requisição.

Apesar das justificativas apresentadas pelo então Diretor do Presídio Naval, o Procurador de Justiça Militar, sem estar amparado por qualquer determinação judicial e sem ter feito qualquer comunicação à Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro para que obtivesse respaldo quanto ao seu intento de instalação de aparelho de ar condicionado na cela de detento, instaurou o Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, imputando ao Paciente as supostas práticas dos crimes militares de maus-tratos, prevaricação e inobservância de lei, regulamento ou instrução, "ou quaisquer outros delitos previstos no mesmo diploma legal", conforme Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, no qual consta, dentre outras, a determinação de oitiva do Paciente e do detento Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, previstas para se realizarem no dia 16 de março de 2017, na sede da Procuradoria da Justiça Militar do Rio de Janeiro.

Ora, como enfatizado, não há indicação nos autos de qualquer atentado aos direitos básicos do Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA que justifique o tratamento distinto que a ele é exigido pela autoridade tida como coatora. Pelo contrário, salta aos olhos que a determinação constitui verdadeiro privilégio a tal detento, que não tem sido conferido aos demais internos daquela unidade prisional, que, certamente, sentem tanto as consequências das intempéries climáticas quanto o oficial reformado.

Tais procedimentos, inclusive o deslocamento do preso, podem significar modificações no cumprimento da pena, sem o devido respaldo jurídico.

Ademais, o que justifica o tratamento nada isonômico? Essa é a função do Ministério Público como defensor do povo? Óbvio que não!

Evidente que, em inúmeros casos, o interesse individual reflete o interesse social, o que demanda e legitima a pronta interferência do Ministério Público, como, por exemplo, na hipótese de uma pessoa determinada necessitar de vaga hospitalar em unidade de terapia intensiva, e o Estado, não envidando os esforços necessários para tal prestação, ser compelido a fazê-lo após intervenção ministerial. Poderíamos exemplificar, ainda, quando detento individua-

lizado estiver sendo torturado ou recebendo qualquer outro tipo de tratamento aviltante ou degradante por parte dos colegas de cárcere ou pelos agentes estatais, situação em que também caberia a atuação ministerial para cessar com absurda violação. Nesses casos, o interesse público transcende o particular, pois agride a sociedade de forma reflexa, não, apenas, aquele diretamente afetado.

Mas não é a hipótese que emerge dos autos. Não há elementos indicativos de atentado a qualquer direito do custodiado, praticado pelo Paciente ou por quem quer que seja; pelo contrário, notoriamente, suas condições, comparadas às dos detentos do sistema prisional comum, são satisfatórias, como demonstram os anexos fotográficos juntados aos autos (fls. 126/135).

Certo é que a autoridade apontada como coatora baseou-se, exclusivamente, nos pedidos apresentados pelo interno e por sua esposa para concluir que a não instalação de aparelho de ar condicionado na cela, que já contava com inúmeros equipamentos destinados ao seu conforto, constituía maus-tratos e, a despeito das ponderações apresentadas pelo Diretor do Presídio e sem sequer reportar-se ao Juízo da Execução, determinou – não requisitou – o cumprimento da medida, no exíguo prazo de 3 (três), e, diante do não cumprimento, instaurou o procedimento investigatório.

Não se discute a competência do Procurador de Justiça Militar para, diante de indícios veementes de desrespeito aos direitos do preso, lançar mão de todas as medidas disponíveis para averiguar a ocorrência e, ao fim, requerer a responsabilização dos envolvidos. Inaceitável, contudo, a determinação de providência exorbitante, impossível de ser cumprida pela administração do presídio, além de ser atentatória aos postulados constitucionais da Moralidade, da Igualdade, da Impessoalidade e da Razoabilidade.

A MMa. Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca do Rio de Janeiro, Dra. LARISSA MARIA NUNES BARROS FRANKLIN DUARTE, Magistrada que atua na Carta de Sentença para Execução Penal nº 2013.750.017863-1, referente ao Primeiro Tenente Reformado FLÁVIO SOUZA DOS SANTOS VAZ SARDINHA, noticiou que desconhecia os fatos versados nestes autos e que **não houve qualquer requerimento ou autorização da VEP para instalação de aparelho de ar condicionado na cela ocupada pelo aludido detento do Presídio da Marinha, bem como para seu deslocamento à sede da 6ª Procuradoria da Justiça Militar do Rio de Janeiro ou para qualquer outro local.**

Justamente para saber se havia autorização da VEP para o requerido pelo *Parquet*, considerando ser esse o Juízo responsável pela execução da pena imposta ao preso, é que as informações adicionais foram requeridas.

Temerária, no mínimo, a determinação de tratamento diferenciado ao preso e, até mesmo, a sua saída das cercanias da unidade prisional para ser ouvido sem sequer informar à VEP.

Recentemente, a sociedade brasileira viu-se indignada após a imprensa noticiar que, no Complexo Penitenciário da Papuda, em Brasília, na cela de um detento, havia cafeteira elétrica, chocolates e massas importadas. Nesse caso, a constatação das benesses ao preso culminou na exoneração dos dirigentes do estabelecimento prisional, além de instauração de procedimento investigatório da Polícia Civil e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para apurar o fato e se houve a participação de agentes públicos na facilitação da entrada dos itens na prisão. Mas, neste caso, não foi desta forma que a autoridade coatora agiu.

O ponto em que se funda essa impetração é justamente esse: a subversão de valores, pois, nestes autos, a imputação delituosa ao Diretor do Presídio da Marinha deveu-se ao fato de, justamente, não ter autorizado a instalação de aparelho de ar condicionado na cela de um determinado detento, ou seja, está sendo alvo de investigação por não ter permitido que tratamento distinto fosse conferido a preso determinado.

Ora, como imputar a um agente público, que, nos exatos limites de sua atribuição funcional, calcado em parecer técnico, deixou de equipar cela de apenas um detento, em detrimento de todos os demais, e, somente por isso, passa a sofrer procedimento investigatório? No mínimo, desarrazoado.

No entanto, aflora dos autos que o Diretor do Presídio da Marinha, comprometido com o emprego devido das verbas da União e com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, principalmente, a Legalidade, a Moralidade, a Impessoalidade, a Razoabilidade e a Igualdade, não acatou a "determinação" emanada do Procurador de Justiça Militar Dr. ANTÔNIO ANTERO DOS SANTOS, passando a sofrer, por represália, investigação criminal militar pela suposta prática dos crimes de maus-tratos, prevaricação e inobservância de lei, regulamento ou instrução, "ou quaisquer outros delitos previstos no mesmo diploma legal".

Como enfatizado, não há qualquer indício da ocorrência de violações à integridade física, moral e psíquica do preso que tivesse o condão de ensejar qualquer investigação, muito menos a suspeita de práticas delituosas pelo Capitão de Fragata EDUARDO QUADROS VELLOSO, por ter, tão somente, deixado de instalar o aparelho de ar condicionado na cela de detento, que já conta com toda a salubridade possível, inclusive com equipamentos que já lhe proporcionam conforto e entretenimento.

Não se discute, nestes autos, a competência do Ministério Público para investigação, como muito enfatizado durante todo este trabalho. Contudo, a deflagração do procedimento deve estar pautada em probabilidades fortes e razoabilidade quanto à possível ocorrência dos fatos que a ensejam, sob pena de atingir direitos fundamentais daqueles que sofrem a investigação. Assim, o lastro para o procedimento deve ser indício robusto, não, apenas, o querer da autoridade coatora que conduz os trabalhos. Se assim não fosse, o poder

conferido ao Ministério Público pela Constituição Federal – que, repita-se, é imprescindível à sociedade – estaria acima das próprias disposições constitucionais, pois não submetido aos princípios básicos de respeito ao cidadão que por ela mesma foram garantidos.

Nesse mote, o Princípio da Presunção de Inocência reveste-se em uma das maiores e mais fortes garantias do indivíduo. Dessa forma, temos que tal postulado, na seara penal, tem papel preponderante, já que o processo como um todo, incluindo as investigações, não serve apenas para punir aqueles que tenham transgredido as normas sociais, mas, sobretudo, para evitar o castigo aos inocentes.

Além disso, sabido que a própria pecha da investigação criminal da figura do diretor, em similitude às condições retratadas nestes autos, pode levar a um incomensurável ataque à disciplina e à hierarquia nos estabelecimentos prisionais, pois aqueles que se acharem no direito de usufruir desse ou daquele benefício poderão se colocar na condição de vítima de violações para alcançar seu intento. Instalação do caos e da subversão, ameaçadores da própria sociedade.

Por isso, atualmente, o instituto do habeas corpus tem sido empregado de forma mais ampla, inclusive com o fim de se trancar a ação penal e o inquérito policial, desde que reconhecida, de plano, a ausência de justa causa para a persecução penal ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída.

Nesta via, as provas têm de estar devidamente apresentadas, circunstância que restou devidamente atendida. Assim, de uma detida análise dos autos, é possível concluir pela inocorrência de justa causa para as investigações procedidas pelo Ministério Público Militar.

Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o trancamento da ação penal e do inquérito policial, nesta via, só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos, quando manifesta a atipicidade da conduta, a presença de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, conforme elucidam os seguintes julgados, *in verbis*:

> Ementa: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTELIONATO, CONSTRANGIMENTO ILEGAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E FRAUDE PROCESSUAL. **TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL**. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal em curso (bem como do antecedente inquérito policial) de forma prematura, pela via do habeas corpus, só é possível em situações excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria; e (c) a presença de causa extintiva da punibilidade, o que não se verifica no caso dos autos. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 132170 AgR, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16/2/2016, publicado DJe de 2/3/2016). (grifos nossos).

> EMENTA: Recurso ordinário em habeas corpus. Crimes de tráfico e de associação para o tráfico (Lei nº 11.343/06, arts. 33 e 35). **Pretensão ao trancamento do inquérito policial por ausência de indícios mínimos de materialidade delitiva e autoria da infração.** Não conhecimento do *writ* pelo Superior Tribunal de Justiça por ser ele substitutivo do recurso ordinário cabível. Precedentes da Corte. Necessidade, ademais, de incursão no acervo fático-probatório. Descabimento na via restrita do habeas corpus. Recurso não provido. 1. Não discrepa do entendimento dominante na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal o acórdão proferido por aquela Corte de Justiça no sentido da inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário. Precedentes. Ressalva do entendimento do Relator. 2. **É firme, por outro lado, a jurisprudência consagrada pelo Supremo Tribunal de que a concessão de habeas corpus com a finalidade de trancamento de ação penal em curso (bem como do antecedente inquérito policial) só é possível em situações excepcionais, quando estiverem comprovadas, de plano, atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria,** o que não se vislumbra no caso em exame, em que a aferição da presença ou não de dolo na conduta do apontado ofensor demanda incursão no acervo fático-probatório, a qual é inviável na via estreita do *writ* constitucional. Precedentes. 3. Recurso a que se nega provimento. (RHC 120389, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/3/2014, publicado DJe de 31/3/2014). (grifos nossos).

Nesse sentido são os seguintes julgados do STF: HC 120495, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/4/2014, publicado em 15/5/2014; HC 121411 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 9/4/2014, publicado em 10/6/2014; RHC 120980 AgR, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/3/2014, publicado em 10/4/2014; RHC 115044, Relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/3/2014, publicado em 10/4/2014.

No presente caso, não se faz necessário o exame dos fatos e provas da causa para se concluir pela inexistência de elementos informativos mínimos que autorizem a própria abertura das investigações, o que enseja a medida excepcional de trancamento das investigações procedidas pelo Ministério Público Militar por faltar-lhe justa causa.

Noutras palavras, considerando o embasamento apontado pela autoridade coatora para o ato reclamado, não se extrai um fragmento sequer de fato delituoso concretamente imputável ao Paciente.

Assim, considerando ser possível o trancamento de inquérito policial e, até mesmo, de ação penal, diante da ausência de elementos indiciários mínimos, demonstrativos da autoria e materialidade, outra providência não poderia ser reservada a procedimento investigativo instaurado pelo *Parquet*.

Ora, se na ação penal já instaurada – ocasião em que, indiscutivelmente, prevalece o postulado do *in dubio pro societate* – pode haver a intervenção do Judiciário para, em controle de legalidade, proceder ao seu trancamento, considerando o eventual não preenchimento dos requisitos exigidos pelos arts. 77 e 78 do CPPM, mais razão existe para a mesma providência em relação ao procedimento investigatório fundado em evasivas razões.

Portanto, se pode haver o trancamento de ação penal, muito mais respaldada é a possibilidade de igual decisão em procedimento de menor envergadura.

Em que pesem as atribuições constitucionais conferidas ao Ministério Público, principalmente a de investigar, suas ações não estão imunes ao controle de legalidade que deve ser exercido pelo Poder Judiciário no que toca às demandas penais. Portanto, sob esse enfoque, forçoso reconhecer que a providência adotada pelo Procurador de Justiça Militar contra o Paciente constitui evidente constrangimento ilegal, o que autoriza a aplicação da medida excepcional ora requerida.

Sobre o tema, reforçando os argumentos até então expendidos, trago à colação o julgado do Supremo Tribunal Federal, que, nos mesmos moldes, determinou o trancamento de procedimento investigativo. Vejamos:

> EMENTA Agravo regimental. Inquérito. Arquivamento de ofício pelo colegiado. Admissibilidade (vencido o Relator que admite o arquivamento até mesmo por decisão monocrática). Ausência de elementos informativos mínimos que autorizem sua instauração. Denúncia anônima e notícias genéricas extraídas da internet que não descrevem nenhum fato concreto. Inexistência de base empírica idônea para a abertura de investigação com relação ao detentor de prerrogativa de foro. Necessidade de controle de legalidade da persecução penal pelo Poder Judiciário. Recurso não provido. 1. A titularidade da ação penal pública e a atribuição para requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do Código de Processo Penal) não significam que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. **Ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. 3. Assim como se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos demonstrativos da autoria e materialidade, há que se admitir – desde o seu nascedouro – seja coarctada a instauração de procedimento investigativo, uma vez inexistentes base empírica idônea para tanto e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado.** 4. Agravo regimental não provido. (Inq 3847 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 7/4/2015, publicado em 8/6/2015). (grifos nossos).

Obviamente, se surgirem outros elementos, caracterizadores do mínimo de plausibilidade para nova instauração, esta não estará comprometida.

Mas a investigação não pode ser procedimento de pressão ou de retaliação à requisição considerada indevida ou, até mesmo ilegal, quando não atendido o pleito formulado pela autoridade coatora ao agente público.

Certo é que o Paciente, na condição de militar, não estava obrigado a cumprir ordem manifestamente ilegal, oriunda de autoridade que sequer poderia determinar aquela medida.

Depreende-se, claramente, assim, que o procedimento investigatório foi instaurado como forma de represália contra o Paciente, que não atendeu ao querer do Procurador de Justiça. Portanto, a motivação para a instauração do procedimento não foi pautada na suspeita de atentados aos direitos do detento, mas, sim, como forma de intimidação ou de punição.

Dessa forma, os elementos constantes nos autos conduzem à conclusão de que o Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, bem como as providências requeridas no Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, estão eivados de mácula jurídica insuperável, evidenciando-se constrangimento ilegal praticado contra o Capitão de Fragata EDUARDO QUADROS VELLOSO.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do presente Habeas Corpus, e, confirmando a liminar deferida, pela concessão da ordem pleiteada para trancar o Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, instaurado pelo Procurador de Justiça Militar Dr. ANTÔNIO ANTERO DOS SANTOS, atuante no 6º Ofício Geral da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, e, por consequência, declarar a nulidade das providências requeridas no Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, por ausência de justa causa, determinando seu imediato arquivamento, ressalvando, contudo, a renovação das investigações em caso de surgimento de novos fatos e provas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer do presente Habeas Corpus e conceder a ordem pleiteada para trancar o Procedimento Investigatório nº 36-18.2017.1106, instaurado pelo Procurador de Justiça Militar Dr. Antônio Antero dos Santos, atuante no 6º Ofício Geral da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, e, por consequência, declarar a nulidade das providências requeridas no Ofício Proc. nº 103/2017/6ªPJMRJ/1º Ofício Especializado, por ausência de justa causa, determinando seu imediato arquivamento, ressalvando, contudo, a renovação das investigações em caso de surgimento de novos fatos e provas.

Brasília, 9 de maio de 2017 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Habeas Corpus Nº 39-14.2017.7.00.0000-RJ

Acompanhei o laborioso e paradigmático Voto do Ministro-Relator Artur Vidigal de Oliveira nos autos do Habeas Corpus nº 39-14.2017.7.00.0000/RJ ao fixar, no juízo de admissibilidade, a competência desta Justiça Especializada para apreciar a Ação de *Habeas Corpus* quando o pretenso ato coator nela veiculado for praticado por membro do Ministério Público Militar no uso de suas atribuições constitucionais e legais como titular da *persecutio criminis* nos delitos militares.

A investigação criminal é genuinamente uma atribuição do Ministério Público em todas as nações modernas. O Código de Justiça Militar de 1920, lei que criou o Ministério Público Militar, já apregoava sua atribuição investigatória.

Com a Magna Carta de 1988, tais atribuições conquistaram sede constitucional, sendo especificadas na Lei Complementar nº 75/1993. O MPM foi pioneiro dentre as congêneres no país ao estabelecer regramento sobre o tema. Assim, mediante a Resolução nº 51, de 29 de novembro de 2001, o Conselho Superior do MPM disciplinou o *Procedimento Investigatório Criminal* como "instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo Membro do Ministério Público Militar, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais, servindo de embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal" – Art. 1º. A importantíssima atribuição está fixada no art. 8º, inciso V, da Lei Complementar.

Em 2006, com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, a matéria foi normatizada pela Resolução nº 13, de 2 de outubro.

Desde o primeiro regramento no âmbito do *Parquet* militar, a investigação criminal direta se manteve sob os olhos da Corregedoria e da Câmara de Coordenação e Revisão, para fiscalizar-se a atuação funcional, mantidos os amplos limites da independência do Membro que nela atua. Uma vez concluído o Procedimento Investigatório, cabe a revisão do arquivamento, quando não oferecida a Denúncia. Ademais, previu-se o arquivamento judicial, promovido nas Auditorias da Justiça Militar, como forma alternativa de encerrar o procedimento.

Todavia, no desenrolar de uma investigação direta não existe medida de impugnação na seara ministerial, uma vez que a CCR/MPM somente intervém após seu encerramento, ou em questões incidentes como é o caso do conflito de atribuição entre Órgãos ministeriais.

Sendo assim, para obstar eventual abuso ou excesso na investigação direta conduzida por membro do MPM cabe o ajuizamento de medidas impugnatórias junto ao foro castrense, inserindo-se na competência originária do Superior Tribunal Militar por meio do *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança ou outra ação de defesa.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito não admite que o exercício investigativo contra o cidadão permaneça fora do acervo legal, deixando-o sem recursos jurídicos ante eventual excesso ou abuso de autoridade. Desse modo, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle da investigação direta como medida saneadora de procedimento conduzido por membro do *Parquet*. Da mesma forma, o Ministério Público necessita do Judiciário para obter provas que se encontram no campo do direito constitucional, como o rompimento do sigilo bancário e fiscal.

Portanto, correta a intervenção do Superior Tribunal Militar para reparar investigação direta do MP sem suficiente base legal, mesmo porque o Órgão de Revisão – a CCR/MPM é desprovido de atribuições desse jaez, atuando após a conclusão do procedimento e se o mesmo for arquivado. Também não detém tais atribuições o Procurador-Geral de Justiça Militar em face da independência funcional.

Andou bem o Tribunal em acolher a ação de *Habeas Corpus*, superando antigo entendimento de que atos praticados por membro do Ministério Público das Armas estariam sob a competência da Justiça Federal, fosse de primeiro ou segundo grau conforme a gradação na carreira – Promotor ou Procurador de Justiça Militar.

Também em período passado esta Justiça Especializada apresentava divergência quanto à natureza da investigação direta do Ministério Público, chegando a rejeitar pedidos para sua distribuição e apreciação, seja no âmbito do primeiro ou do segundo grau. Refiro-me ao Mandado de Segurança nº 14-79.2009.7.00.0000/SP, julgado pela Corte em 26 de agosto de 2009. Nele, o MPM da Procuradoria de São Paulo insurgiu-se contra a Portaria nº 01/2009 do Diretor do Foro da 2ª CJM, na qual se repelia a atuação de procedimentos investigatórios instaurados no Ministério Público.

Com atuação diligente, o Órgão requereu ao Tribunal a anulação da citada Portaria, "assegurando-se que todas as peças informativas, oriundas ou não do Ministério Público Militar ou de outros órgãos (civis e militares), ou de quaisquer cidadãos sejam distribuídas, autuadas e apreciadas pela autoridade judiciária competente". Por maioria, o STM denegou o *writ*, gerando o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.428/SP, impetrado por este Relator no Supremo Tribunal Federal, pois à época exercia o cargo de Subprocurador-Geral de Justiça Militar e havia estado presente no julgamento.

Decisão unânime da 1ª Turma do Supremo deu provimento ao recurso e assentou que "descabe discutir a natureza do procedimento administrativo que se pretendia ver apreciado (PIC), porquanto, a despeito da denominação utilizada, fez-se composto por peças de informação [...]".

Por conseguinte, vejo que o conhecimento deste *Habeas Corpus* representa a evolução do entendimento da Corte e a plena compreensão das importantes atribuições investigatórias do Ministério Público, assentando-se o efetivo controle judicial da legalidade dessa atuação.

No caso *sub examine*, em uma análise açodada poder-se-ia concluir que, em razão de a autoridade apontada como coatora integrar o Quadro do Ministério Público da União, ocorreria *a vis* atrativa do seu foro constitucional por prerrogativa de função para apreciar o *mandamus*. No entanto, entendo que tal conclusão não merece prosperar.

Nesses casos, não se está a imputar ao membro do *Parquet* militar nenhuma conduta criminosa, apta a atrair o exame pela justiça comum, diversa desta Especializada na qual tramita o incidente processual.

Ademais, não se trata de processar e julgar originariamente integrante do Ministério Público da União, ao revés, o incidente percutido no *writ* tem como paciente pessoa diversa daquela autoridade. Não se pode confundir foro por prerrogativa de função com a competência para a análise da legalidade do ato exarado no próprio exercício funcional, ainda que este seja considerado ilegal e apto à concessão de ordem.

Entender de forma diversa seria afastar o paralelismo das formas e esquartejar o devido processo penal militar, isso ao admitir que o *habeas corpus* impetrado contra ato de juízes da Justiça Militar em processos em curso na Justiça Militar Federal sejam julgados por esta Especializada e, na contramão, o ato atribuído ao membro do Ministério Púbico Militar, em idêntica situação, seja apreciado pelos desembargadores do Tribunal Regional Federal.

Notadamente, o conteúdo impugnado comporta matéria de índole penal militar e, nesses termos, inserida na competência da Justiça Militar da União, nos termos do art. 124 da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, cristalina a norma extraída do art. 6º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 8.457/92 – Organiza a Justiça Militar da União –, *in verbis:*

> Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:
>
> I - processar e julgar originariamente:
>
> [...]
>
> c) os pedidos de habeas corpus e habeas data, nos casos permitidos em lei; [...].

No âmbito da Justiça trabalhista, a questão foi pacificada com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da Carta Republicana, *litteris*:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
>
> [...]
>
> IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, **quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição**; [...] (Grifo nosso).

Importante transcrever excertos de julgados sobre a matéria proferidos pela Justiça Laboral:

> Mandado de segurança em que figura como autoridade coatora Procurador do Trabalho é da competência das Varas do Trabalho, descabendo cogitar de competência originária do Tribunal a pretexto de aplicação analógica do disposto no artigo 108, I, *c*, da Constituição Federal. (TRT-9 MS 7362010909900/PR, Rel. Des. Rubens Edgard Tiemann, DJe 3.12.2010).

No intuito de aclarar o alcance das normas Magnas, diversos princípios foram desenvolvidos pela hermenêutica constitucional no sentido de estabelecer parâmetros interpretativos racionais e razoáveis a respaldar a atividade do exegeta no descobrimento do real sentido atribuído à norma.

Assim, podemos estabelecer métodos de interpretação pautados nos próprios princípios, os quais serão utilizados como parâmetros para aplicação da norma jurídica ao caso concreto, servindo como vetores interpretativos. Dentre os quais, cito, aqui, vetor da unidade da Constituição, perfeitamente aplicável ao caso em análise ao se interpretar o art. 108, inciso I, alínea "a", em conjunto com o art. 124, todos da Constituição Federal de 1988.

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet[191], as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Carta Magna. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade. Citam o magistério do Ministro Eros Grau que "não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços".

Consigno, por derradeiro, que, de igual forma, tem espaço o princípio da interpretação conforme a Constituição a ser empregue na exegese do art. 6º, inciso I, alínea "c", da Lei nº 8.457/92, combinado com o art. 108, inciso I, alínea "a", o art. 114, inciso IV e o art. 124, todos da CF/88, para que se afirme a constitucionalidade do dispositivo infraconstitucional e fixe-se a competência desta Corte para apreciar o *writ* quando versar sobre matéria da competência da Justiça Militar da União, e a autoridade apontada como coatora for membro do Ministério Público Militar.

---

[191] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

Dessa forma, votei acompanhando o douto Relator para fixar a competência da Justiça Militar da União para conhecer do *Habeas Corpus* sobre matéria de competência desta Corte – crime militar –, apurado mediante instauração de Procedimento Investigatório por Procurador de Justiça Militar. E, quanto ao mérito da causa, acompanhei de forma plena o eminente Relator.

Superior Tribunal Militar, 9 de maio de 2017.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Ministro do STM

Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 53-95.2017.7.00.0000-DF

Relator: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Impetrante: O Ministério Público Militar.

Litisconsortes Passivos: Manoel Vicente Valentim Neto e Samuel Dias Neto, Cels RRm Ex; Nicanor Santos, 2º Sgt RRm Ex; Alan Marques Almeida, Civil; e União.

Advogado: Drs. Estefania Ferreira de Souza de Viveiros, Julia Rangel Santos Sarkis, João Guilherme de Lima Assafim, Renata Antony de Souza Lima Nina, Lidiane Neiva Martins Lago, Natalia Fernandes Marques, Aline de Alcantara Nunes e Advocacia-Geral da União.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA DE CARÁTER CRIMINAL. IMPETRAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. RECUSA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU EM DEFERIR QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE INDICIADOS EM IPM. NECESSIDADE DA PROVA PARA INSTRUÇÃO DO INQUÉRITO. INTIMAÇÃO DOS INDICIADOS PARA INTERVIR NA AÇÃO MANDAMENTAL NA CONDIÇÃO DE LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS. INTIMAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – LEI Nº 12.016/2009.

I - Além de manusear medida judicial adequada, o Autor é Parte legítima para intentá-la, tendo-a promovido ao tempo certo, completando todos os requisitos para que o *writ* seja conhecido e julgado. Preliminar de não cabimento rejeitada. Unanimidade.

II - A Exordial do *mandamus* preenche todos os requisitos do art. 6º da Lei nº 12.016/2009, não havendo que falar em inépcia da inicial. Preliminar rejeitada, unanimidade.

III - O rompimento do segredo bancário relativo às informações do correntista indiciado em IPM, em face de indícios de crime contra a Administração Militar, constitui prova que o *Parquet* militar considera indispensável à conclusão das investigações sobre sua orientação, estando o IPM na fase de diligências complementares.

IV - Não pode prosperar Decisão negativa do magistrado que indefere tal proposta de prova, mormente quando fundamentada em indícios de desvio de verba do erário. Poder-dever do MP.

V - Consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, é perfeitamente cabível a quebra do sigilo bancário e fiscal na fase inquisitorial, mediante requerimento do Ministério Público. Ponderação de interesses proeminentes ante a reserva legal da intimidade – art. 5º, incisos X e XII, da Constituição da República.

VI - A jurisprudência do Superior Tribunal Militar, tal como julgados do STF e do STJ, admite a quebra do sigilo bancário e fiscal do investigado ou do réu quando demonstrado, de forma imperiosa, o interesse público. Identidade do tema nacional com a doutrina e a jurisprudência estrangeira, ressalvadas especificidades de fundamentos, no âmbito do Direito Comparado: Portugal, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Itália, Alemanha e Suíça.

VIII - Pronunciamento favorável da Procuradoria-Geral de Justiça Militar, na condição de Fiscal da lei, que se adota por seus jurídicos fundamentos como razão de decidir.

VII - Mandado de Segurança conhecido e ordem concedida. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa dos litisconsortes passivos, de não cabimento da Ação mandamental; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar suscitada pela Defesa, de inépcia da inicial. **No mérito**, **por unanimidade**, concedeu a ordem pleiteada, para desconstituir a Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 1ª Auditoria da 11ª CJM, proferida às fls. 43, nos autos do IPM nº 166-06.2014.7.11.0111, e determinar a quebra do sigilo bancário referente ao período compreendido entre 1º.1.2013 a 31.12.2014 e a quebra do sigilo fiscal relativo aos exercícios de 2013 e 2014 (anos calendários 2012 a 2013) dos indiciados Coronel R/1 Manoel Vicente Valentim Neto, Coronel R/1 Samuel Dias Neto, 2º Sargento R/1 Nicanor Santos – militares – e do civil Alan Marques Almeida e da empresa "Almeida Dias Material de Construção Ltda EPP". A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, e a Advogada da Defesa, Dra. Renata Antony de Souza Lima Nina.

Presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausentes, justificadamente, os Ministros José Coêlho Ferreira e Cleonilson Nicácio Silva. (Extrato da Ata da 40ª Sessão, 22/6/2017).

RELATÓRIO

Vistos.

Julga-se **Ação de Mandado de Segurança** impetrada pelo Ministério Público Militar, na qual objetiva desconstituir Decisão proferida pela Justiça Militar de primeiro grau que indeferiu a **quebra do sigilo bancário e fiscal** de indiciados no Inquérito Policial Militar 166-06.2014.7.11.0111, ora distribuído à Primeira Auditoria da 11ª CJM [Brasília-DF].

A providência do Ministério Público vincula-se à investigação policial instaurada em 30 de setembro de 2014 por ordem do Comandante da 3ª Brigada de Infantaria Motorizada [Cristalina-GO] "a fim de apurar a prática, em tese, de crimes cometidos por alguns agentes executores da administração", quais sejam, "aquisições de materiais e contratação de serviços".

I.

Com efeito, a Petição inicial subscrita pela diligente Promotora de Justiça Militar, Dra. Ângela Montenegro Taveira, da 1ª Procuradoria da Justiça Militar em Brasília, revela a atuação do Órgão ministerial em diligências complementares do citado IPM e a necessidade de examinar dados bancários e fiscais dos indiciados, os quais, protegidos pelo sigilo legal, somente são obtidos com o devido e fundamentado provimento judicial.

Desse modo, em circunstanciada manifestação oferecida em 22 de novembro de 2016, pela operosa Promotora de Justiça Militar, Dra. Caroline de Paula Oliveira Piloni – fl. 15, após longa fundamentação fática e jurídica requereu-se:

> Por todo exposto, o Ministério Público Militar requer a Vossa Excelência seja decretada a quebra do Sigilo Bancário das contas titularizadas por Manoel Vicente Valentim Neto, Samuel Dias Neto, Nicanor Santos e Alan Marques Almeida e a empresa Almeida Dias Material de Construção Ltda EPP nos anos de 2013 e 2014, bem como a quebra do Sigilo Fiscal deles referentes aos exercícios de 2013 e 2014 (anos calendários 2012 e 2013).

Embora incidental ao inquérito, a exigir autuação apartada, o Requerimento foi juntado aos Autos, anexando Parecer do Centro de Apoio à Investigação do MPM – CPADSI, orgânico da Procuradoria-Geral, detentor de elevado conceito técnico no âmbito do Ministério Público brasileiro como setor de apoio especializado em investigações, sobretudo financeiras. Nesse sentido, o MP desde logo ofereceu sua *expertise:*

> Caso o afastamento do sigilo bancário seja deferido por Vossa Excelência, requer o encaminhamento dos dados bancários na forma constante da minuta de requerimento para afastamento do sigilo bancário anexa – fl. 21.

O respeitável Juízo, contudo, não se mostrou convencido da necessidade de autorizar a prova requerida pelo *Dominus Litis*. Sendo assim, em 15 de dezembro, proferiu a Decisão de fl. 24, na qual indeferiu o pedido. Em resumo, amparou o provimento negativo nos seguintes fundamentos:

> (I) a quebra do sigilo bancário e fiscal é "hipótese excepcional";
>
> (II) o indiciado Manoel Valentim já ofereceu "os documentos relativos à sua movimentação bancária";
>
> (III) a investigação se prolonga faz mais de dois anos e o que se apurou foram somente "irregularidades administrativas que, em teoria, podem ter causado prejuízo de R$ 44.759,79";
>
> (IV) quanto à ocorrência de crime militar, "a única indicação que se tem é a opinião do encarregado do IPM"; e
>
> (V) que do "acervo probatório não foi apontado ainda qualquer crime que teria sido cometido".

Ao final de sua Decisão de uma página – frente e verso, o ilustre Magistrado considerou insuficiente a argumentação apresentada pelo MP e negou o pedido de prova pré-processual:

> Portanto, não tendo sido demonstrada sequer a existência de prejuízo ao erário até o presente momento, ainda que por prova indiciária, tenho que não estão satisfeitos os requisitos exigidos pela Lei Complementar 105/01, motivo pelo qual indefiro o pleito.

Em 18 de janeiro de 2017, o MPM **declarou-se intimado** da Decisão e apresentou Cota nos Autos e Pedido de Reconsideração. Ao insistir na diligência e pretender obviar o debate, renovou argumentos e demonstrou firmeza de convicção – fl. 29. No texto assinado pela Promotora de Justiça Militar, Dra. Ângela Montenegro Taveira, em destaque constou:

> Comprovou-se no curso do IPM que o Cel Valentim, ordenador de despesas da OM, com auxílio e conivência do Cel Samuel, fiscal administrativo, emitiu notas de empenho e ordens de pagamento referentes à aquisição de material e serviços diretamente da empresa Almeida Dias, sem observância de qualquer procedimento licitatório.

Por meio de *Despacho* que proferiu em 15 de fevereiro de 2017, o meritíssimo Juiz-Auditor Substituto escreveu que o interesse do MP na reforma da decisão estava "precluso", uma vez que deixou de requerer Correição Parcial. Não apreciou o mérito do pedido de reconsideração, por não o admitir – fl. 31.

De toda sorte, em 13 de março – 53 dias após ter sido intimado do indeferimento do pedido de Quebra do Sigilo Bancário –, o Órgão ministerial ajuizou nesta Corte Superior o presente **Mandado de Segurança**, com pedido liminar.

II.

Reservei-me apreciar o Pedido Liminar após receber as Informações da autoridade indigitada coatora. Determinei a citação dos Indiciados por ocuparem o polo passivo – Súmula 701 do STF – e a ciência à douta Advocacia-Geral da União, para fazer cumprir o disposto na Lei nº 12.016/2009. Concedi *Vista* do Processo à Procuradoria-Geral de Justiça Militar para pronunciar-se na condição de *custos legis*. Essas providências constam do Despacho de fl. 35, proferido na mesma data em que os autos aportaram no meu Gabinete. Foram cumpridas pela Secretaria Judiciária deste Tribunal, expedindo-se **Carta de Ordem** ao Juízo de origem, para a intimação dos litisconsortes.

Em tempo absolutamente célere – um dia após a requisição –, o ilustre Magistrado prestou as Informações de fl. 40, com os Documentos de fls. 43 a 291. Em síntese, reitera os fundamentos constantes de sua Decisão e destaca peças do Inquérito, as quais, ao seu juízo, demonstram que os fatos não ultrapassaram os limites da ilicitude meramente administrativa.

Pelo Ministério Público pronunciou-se a culta e experiente Subprocuradora-Geral Dra. Anete Vasconcelos de Borborema, que, no Parecer de folhas 84-93, desenvolve o tema fático, analisa o Direito posto e posiciona-se, na condição de *custos legis*, pela completa concessão do *writ*.

Já suficientemente instruído o feito, apreciei o pedido liminar e deixei de atendê-lo, por entender não só tratar de decisão satisfativa, como irreversível, inexistente o *periculum in mora* e a urgência, principalmente considerando-se que a investigação aberta está em curso faz mais de ano e dia, e os dados bancários e fiscais estão devidamente acautelados e conservados, seja nos estabelecimentos bancários ou na Secretaria da Receita Federal. Ademais, firme no princípio da colegialidade, tenho a convicção que a causa deve ser decidida em julgamento no Plenário desta Corte.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se no sentido de atuar no feito.

Os litisconsortes militares ingressaram na reserva remunerada, razão pela qual os seus endereços encontravam-se desatualizados (fl. 246). De posse da retificação dos dados, dois deles foram citados pela via postal, nos termos do art. 246, inciso I, do Código de Processo Civil, nas cidades de Araguari/MG e Nova Mamoré/RO. O outro militar e o civil foram citados por intermédio do Oficial de Justiça.

Regularmente informados do presente *mandamus*, apenas o civil ALAN MARQUES ALMEIDA e o 2º Sargento da reserva remunerada NICANOR SANTOS apresentaram manifestações, sendo que o militar as protocolou de forma extemporânea – após os 10 dias por mim estipulados para a prática do ato (fls. 248 e 254).

O litisconsorte ALAN MARQUES ALMEIDA alega, em preliminar, o não cabimento do *writ* e inépcia de sua inicial. No mérito, pugna pela não concessão da ordem, mantendo-se incólume a Decisão *a quo* impugnada. Rechaça a tese ministerial apontando acerto do ato judicial ora atacado sob dois tópicos: i) Da alegada emissão de notas fiscais "frias" e ii) Da alegada contratação sem licitação. Em arremate, conclui pela prescindibilidade da medida excepcional.

É o Relatório.

VOTO

Conheço do **Mandado de Segurança** ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade.

I - PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO

Cuida-se de Ação Constitucional de urgência impetrada pelo Ministério Público Militar para obter o rompimento do sigilo bancário e fiscal dos Indiciados no IPM nº 166-06.2014.7.11.0111, distribuído à Primeira Auditoria da 11ª CJM [Brasília-DF].

O feito foi instruído, inclusive, com a observância à Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis:* "No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo".

Por tratar-se de cautelar preparatória – prova cautelar antecipada[192] –, a ser produzida no curso de investigação, anterior à deflagração de um eventual processo penal, requerida pelo *dominus litis* em razão da necessidade de se obter maiores elementos para supedanear futura ação penal, no caso *sub examine*, entendi que a intervenção dos interessados não necessitava de ser postergada, uma vez que os objetos das medidas requeridas estão devidamente acautelados e conservados, seja nos estabelecimentos bancários, seja na Secretaria da Receita Federal. Assim, a providência mais adequada seria a aplicação, desde já, da orientação jurisprudencial da Corte Constitucional e conceder aos interessados o direito fundamental à informação, ainda que estejamos em fase extrajudicial.

Sobre a aplicação do citado verbete o Supremo Tribunal Federal tem se inclinado, *in litteris:*

---

[192] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 620.

> Inicialmente anoto que **não se verifica nos autos que o ora paciente**, citado por edital para os termos da ação penal contra ele instaurada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, **tenha sido regularmente integrado ao *mandamus* impetrado pelo *Parquet* perante o TJSP, de cuja decisão decorreu a antecipação da prova oral impugnada**, a implicar inegável violação à ampla defesa e ao contraditório. (...) Nesse sentido, ainda, a Súmula nº 701/STF: "No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo". (STF – HC 109726, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 29.11.2011) (Grifo nosso).

Devidamente citados os litisconsortes passivos necessários, a Defesa do civil ALAN MARQUES ALMEIDA aponta a impropriedade da via eleita para impugnar a Decisão de primeira instância que indeferiu o pleito ministerial, sob a alegativa de que o meio correto para se veicular a insurgência seria o Recurso de Correição Parcial. Nesse caso, segundo ele, estaria configurada a utilização do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal.

No entanto, em que pese o esforço da diligente Advogada, Dra. Renata Antony Nina, não merece prosperar a tese defensiva.

Ao apreciar o Inquérito que tem em mãos, as diligentes Promotoras de Justiça Militar se depararam com a necessidade de examinar, com o apoio de Peritos do MPM [CPADSI-PGJM], informações bancárias e documentos de Imposto de Renda dos Indiciados e da Empresa "Almeida Dias". Formalizado o requerimento, viram frustrado o pleito e, de certo modo, paralisada a investigação criminal.

No intuito de reverter a negativa do provimento judicial, antes de buscar socorro a esta Corte, submeteram a Decisão à reconsideração do Juiz *a quo*. Em reforço a necessidade do acesso aos dados bancários e fiscais no contexto da investigação em curso, a Impetrante consignou em síntese:

> [...] no sentido de que o Ministério Militar não declinou os crimes cometidos nem o prejuízo ao patrimônio militar. Os pareceres de auditoria trazem a matriz de responsabilidade sobre o dano causado ao erário, os nomes do ordenador de despesas, do fiscal administrativo e do auxiliar de almoxarifado (fls. 266 e 284).
>
> Como é de conhecimento de quem atua na área criminal, a auditoria especial é um apanhado técnico que aponta as irregularidades verificadas, o dano e a responsabilização, porém a classificação das condutas, sejam elas de natureza cível ou criminal, cabe à autoridade policial militar e ao Ministério Público Militar.
>
> Como visto, não há que se falar em meras irregularidades, mas sim de condutas ilícitas que podem, ao final da investigação, serem classificadas como estelionato ou peculato, além das já comprovadas falsidades ideológicas e documentais.

> Por se tratarem de condutas que deixam vestígios, o Ministério Público Militar, alicerçado no resultado da citada auditoria especial requereu a quebra de sigilo bancário e fiscal dos indiciados a fim de quantificar o dano e responsabilizar criminalmente os autores (Pareceres nº 21 e 34 retromencionados). É evidente que somente a quebra de sigilo bancário e fiscal dos indiciados e da empresa ALMEIDA DIAS poderá elucidar quem foram os beneficiados dessas "negociatas" patrocinadas com recursos públicos e a exata quantia desviada.
>
> A juntada espontânea de extratos bancários das contas movimentadas pelo Cel VALENTIM não elide a necessidade de afastamento do seu sigilo, eis que o indiciado tem o direito de não produzir provas contra si, de modo que ele pode encaminhar extratos bancários das contas que eleger e do período que achar conveniente. (...)
>
> O Ministério Público Militar tem respaldo legal para a obtenção do afastamento do sigilo de dados bancários e fiscais dos indicados em IPM não somente em razão da redação do § 4º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, como também par conta do que preconiza o art. 3º da Lei nº 12.850/2013, em seus incisos IV e VI, [...].

No entanto, o pleito sequer foi examinado, sob o argumento de que o Órgão ministerial deveria ter se insurgido por intermédio de Correição Parcial e não Reconsideração de ato.

Ocorre que a Correição Parcial apenas será cabível nas hipóteses elencadas no art. 498 do Código de Processo Penal Militar. Em suas Razões de reconsideração o Ministério Público não apontou matéria correicional, tão somente buscou aclarar os fundamentos que amparavam seu direito, de modo a propiciar um repensar ao Magistrado.

Ante o insucesso da medida, o *Parquet* buscou obter ordem de segurança a este Tribunal para que pudesse prosseguir no seu mister constitucional.

Nesse aspecto, entendo que se trata de medida judiciária adequada, nos termos da lei, da doutrina e da jurisprudência, com pacífica aceitação por esta jurisdição, pela Suprema Corte e Superior Tribunal de Justiça, além dos Tribunais estaduais. Na verdade, este Superior Tribunal Militar não tem recusado Correição Parcial para desconstituir decisões que negam diligências desse jaez, mas quando proferidas monocraticamente pelo magistrado no curso do processo, por ser competência do Colegiado, mesmo porque inexiste recurso específico para combatê-la.

O objeto da causa não afasta os fundamentos da ação mandamental, pois é providência consagrada para contestar provimento judicial que não comporta recurso, além de significar forte obstáculo à amplitude da atuação ministerial, removido somente por intervenção do órgão judiciário revisor. Ademais, o instituto da Correição Parcial é previsto apenas no âmbito de Justiça castrense, sendo no sistema de justiça civil o Mandado de Segurança o único recurso disponível ao Ministério Público.

Em tal direção, sobreleva transcrever extratos da jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

> EMENTA: Mandado de Segurança. Ministério Público Militar. Quebra de Sigilo Bancário. Pessoa Falecida. Dados posteriores ao óbito. Violação dos princípios constitucionais da privacidade e da intimidade. Inexistência. Pleito formulado para apuração de crime militar. Prerrogativa do Ministério Público Militar. Artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Direito Líquido e certo configurado. Necessidade de autorização judicial. Concessão da Ordem. Unanimidade. [...]. Direito líquido e certo amparado pela via mandamental. [...]. (STM-MS 21-27.2016.7.00.0000/DF - DJe 7.4.16, Rel: Min. Nicácio Silva).

Precedentes desta Corte registram incabível o manejo da Correição Parcial na fase extrajudicial, *in verbis*:

> EMENTA: Correição Parcial - IPM - Sigilo Bancário.
>
> Pleito correicional requerido em autos de IPM, objetivando a quebra de sigilo bancário dos indiciados. A interpretação literal da norma procedimental contida na alínea "a" do artigo 498 do CPPM enseja o entendimento de que a Correição Parcial **destina-se a corrigir "error in procedendo" em processo, ou seja, quando já instaurada a ação penal**. A Correição Parcial, na hipótese dos autos, foi requerida em autos de IPM, quando ainda não há denúncia recebida, inexistindo processo consoante a definição preconizada pelo art. 35 do CPPM. Precedentes da Corte. **Acolhida a preliminar de não conhecimento** suscitada pelo Ministro-Relator. Decisão majoritária. (STM-CP 2001.01.001788-0/S - DJe 19.7.2001, Rel. Min. Marcus Herndl). (Grifo nosso).

Por conseguinte, além de manusear medida judicial adequada, o Autor é Parte legítima para intentá-la, tendo-a promovido ao tempo certo, completando todos os requisitos para que o *writ* seja conhecido e julgado.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de não cabimento arguida pela Defesa.

II - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

A seguir, a combativa Defesa do empresário ALAN MARQUES ALMEIDA alega a inépcia da inicial do presente *mandamus*.

Não assiste razão ao litisconsorte, tendo conta que a Exordial do *writ* preenche todos os requisitos do art. 6º da Lei 12.016/2009, não havendo que falar em inépcia da inicial. Quanto à alegada ausência da prova pré-constituída ao direito líquido e certo do Impetrante, por se confundir com o mérito da Ação Constitucional, será apreciada a seguir, naquele momento processual adequado.

Em arremate, as matérias propedêuticas trazidas pela ilustre Advogada extrapolam o objeto da Ação Constitucional e adentram ao mérito do procedimento administrativo investigatório, qual seja, Inquérito Policial Militar.

Examiná-las neste momento equivaleria a autorizar a esta Corte ordinarizar o procedimento do Mandado de Segurança ou integrar o contraditório ao inquérito e, por conseguinte, se imiscuir na análise de elementos informativos. Notadamente, tal possibilidade usurparia a função constitucional do Ministério Público Militar, bem como suprimiria a competência do juiz natural da causa.

Em razão do exposto, rejeito a preliminar de inépcia da inicial.

MÉRITO

De início consigno que a análise, mesmo que superficial, dos documentos e temas sob investigação ora apresentados pelos litisconsortes em manifestações de mérito, como I) a emissão de notas fiscais "frias" e II) a contratação sem licitação, impacta no exercício da *opinio delicti* pelo titular da ação penal consoante mandamento constitucional. Indubitavelmente, configurar-se-ia nítida supressão de instâncias, razão pela qual me abstenho de examiná-las nesse momento.

Cabe assinalar que a questão aqui debatida trata de prova cautelar produzida em fase extrajudicial, Inquérito Policial Militar, procedimento, em regra, inquisitorial. Nesse sentido, entendo que os argumentos trazidos pelos interessados poderão ser analisados em momento posterior, seja na fase extrajudicial ou até mesmo em uma eventual ação penal.

O Ministério Público Militar asseverou seu direito líquido e certo na lesão à prerrogativa do Impetrante à obtenção de prova, como elemento apto a defesa do interesse social subjacente à investigação de crimes que deixam vestígios, como o peculato e o estelionato.

Afirmou que o ato coator em tela viola o direito do *custos iuris* ao devido processo legal no seu aspecto substancial [garantia de um processo justo, o que pressupõe a busca incessante à verdade material], bem como à obtenção de prova lícita na defesa da ordem jurídica e do interesse social, incumbências institucionais que lhe foram conferidas pela Constituição da República no art. 127, *caput*.

Consignou que a posição adotada pela autoridade impetrada é resultado de uma interpretação equivocada dos fatos no que concerne à classificação jurídica a eles atribuída pela autoridade militar.

Assim, a Decisão judicial em comento contém evidente equívoco, porquanto, ao realizar a capitulação dessas condutas tão somente nos delitos de abuso de confiança [artigo 332 do CPM] e inobservância de lei, regulamento e instrução [artigo 324 do CPM], não atentou para a possibilidade do enquadramento no crime de peculato, tipo previsto no art. 303 do CPM, cuja materialidade encontra-se caracterizada nos documentos e perícias juntadas e produzidas ao longo do IPM.

Conforme assinalado, trata-se de Inquérito Policial Militar instaurado por intermédio da Portaria nº 013/14 – Asse Ap As Jurd/CMP, para apurar supostos desvios de recursos públicos e outras práticas ilegais do então ordenador de despesas da OM, com a conivência do fiscal administrativo, na aquisição de materiais de construção e na contratação de serviços para a reforma e a manutenção de bens imóveis da 3ª Brigada de Infantaria Motorizada, em Cristalina-GO, nos anos de 2013 e 2014.

Ao cabo da investigação, o encarregado do IPM apontou uma série de inconsistências:

I) Notas de Empenho foram emitidas para empresas distintas, porém, com a mesma finalidade de serviço de manutenção de bens imóveis;

II) Notas de Empenho, não liquidadas, foram emitidas sem a definição da finalidade da aplicação ou motivação, tendo sido atestado o recebimento autorizado da liquidação porém sem os serviços terem sido realizados;

III) Notas de Empenho foram emitidas e pagas, porém o material recebido foi diferente do descrito na Nota de Empenho e o serviço não foi executado;

IV) Indícios de suposto abuso de confiança ou da boa-fé de subordinado; e

V) Indícios de suposta ocorrência de despesa sem o prévio empenho.

O Ministério Público Militar apresentou exaustiva narrativa acerca das diligências e elementos de informação já juntados aos autos do inquérito, todos aptos a demonstrar o esgotamento dos meios ordinários de investigação, pressupostos justos para o requerimento da quebra de sigilo fiscal e bancário dos indiciados.

Ocorre que o Magistrado *a quo* indeferiu o pleito sob o argumento de que, quanto à existência de crime militar, a única indicação que se tem é a opinião do encarregado do IPM, que sugere o indiciamento de alguns dos investigados pelos crimes previstos nos artigos 324, 332 e 334 do CPM, crimes que, considerando lapso temporal já transcorrido, aparentam até estarem prescritos. Ademais, tais supostos crimes são de natureza funcional, cujo processo e julgamento prescindem de dados bancários e fiscais.

Alegou que, a par de supostas irregularidades puramente administrativas que teriam ocorrido, não foi apontado ainda qualquer crime que teria sido cometido. Não foi demonstrado qualquer prejuízo à Fazenda Pública, o que seria muito simples de averiguar, conforme já sugerido por duas vezes pela equipe encarregada das auditorias especiais.

O ilustre Magistrado assinalou, por derradeiro, que a quebra de sigilo do indiciado Cel RRm Ex Manoel Vicente Valentim Neto deveria ser de pronto indeferida, pois os documentos relativos à sua movimentação bancária, no período de julho de 2013 a janeiro de 2014, foram espontaneamente juntados aos autos do Inquérito Policial Militar às fls. 133/165.

Nesse sentido, como recurso indispensável para a conclusão do procedimento investigatório em curso, o desiderato do presente *mandamus* é obter o afastamento do sigilo de dados bancários e fiscais do Coronel RRm MANOEL VICENTE VALENTIM NETO, à época Ordenador de Despesas da OM; Coronel RRm SAMUEL DIAS NETO, então Fiscal Administrativo; 2º Sargento RRm NICANOR SANTOS, Auxiliar de Almoxarifado; civil ALAN MARQUES ALMEIDA e da empresa MATERIAL DE CONSTRUÇÃO ALMEIDA DIAS Ltda, nos termos e no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, conforme formulado às fls. 286/293 dos autos do IPM nº 166-06.2014.7.11.0111.

Ab initio, consigno que o direito a atividade probatória constitui prerrogativa inerente ao mister constitucional do *dominus litis*. Sendo certo que poderá exercê-la por intermédio da polícia judiciária, ou de forma direta nos termos do fixado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 593.727/MG e da previsão constante da Lei Complementar nº 75/93. No entanto, há casos em que o exercício probatório demanda reserva de jurisdição. Contudo a restrição não recai sobre o direito a atividade em si, mas tão somente sobre o resguardo de direitos fundamentais, que podem ser tangenciados por algumas práticas apuratórias, a exemplo da quebra de dados bancários e fiscal.

Nesse ponto, a análise ponderativa do magistrado recai sobre direitos constitucionais: de um lado o dever/poder de apurar os ilícitos penais e de outro o direito fundamental à intimidade daquele que está sob investigação. Deve haver pertinência entre a medida requerida e a apuração em curso, ainda a imprescindibilidade do ato para o êxito persecutório. Exige-se a existência de delimitação temporal do objeto da providência judicial, enquanto predeterminação formal do período.

Sobre essas balizas, o Voto-Vista do Ministro Peçanha Martins, no Recurso Especial nº 531.826, traça os pressupostos/limite da apreciação judicial:

> Por ser uma providência excepcional, exige não apenas cautela e prudência por parte do magistrado, como também indícios instrutórios mínimos de autoria e materialidade delitiva. Deve ser acompanhado de uma fundamentação razoável, de um motivo racional, de uma suspeita objetiva e fundada. Deve, haver, ainda, uma relação de pertinência entre a prova pretendida com as informações bancárias e o objeto da investigação em causa, isto é, deve ser demonstrado que a providência requerida é indispensável ao êxito das investigações. (REsp 531.826, DJ 7.12.2004).

O Supremo Tribunal Federal comunga de igual entendimento, *in verbis:*

> Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a autorização do afastamento dos sigilos fiscal e bancário deverá indicar, mediante fundamentos idôneos, a pertinência temática, a necessidade da medida, "que o resultado não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova" e "existência de delimitação temporal do objeto da medida, enquanto predeterminação formal do período" (MS 25812 MC, DJ 23.2.2006, Rel. Min. Cezar Peluso).

Constitui prerrogativa do Ministério Público Militar obter o acesso às informações bancárias e do imposto de renda, para fins de instruir suas convicções em Inquérito Policial Militar na fase de diligências complementares sob sua orientação - art. 129, I, da Constituição da República e art. 8º, incisos II e IV, § 2º e art. 117, inciso I, todos da Lei Complementar nº 75/93. **Direito líquido e certo demonstrado pela necessidade da providência na etapa pré-processual**.

Nesse sentido, colaciono julgados desta Corte:

> [...]. Não há de falar na confrontação de valores, tendo em vista a prerrogativa do Ministério Público Militar, na defesa de interesses da coletividade, de ver apurados e processados os crimes de ação penal pública, consistentes na subtração de bens e valores pertencentes à Administração Militar. Segurança concedida. Decisão unânime. (STM – MS nº 181-57.2013.7.00.0000/PR, Rel. Min. William de Oliveira Barros, DJe 20.11.2013).

> O *Parquet* Militar é parte no Processo Penal e tem legitimidade para impetrar *mandamus* contra ato de Juiz-Auditor. Conhecido o pedido. É admissível ao Ministério Público, no exercício de suas funções, requerer ao Poder Judiciário a quebra de sigilo bancário, porquanto a ordem jurídica confere-lhe explicitamente poderes de investigação, podendo requisitar diligências, informações e documentos para instruir seus procedimentos e investigações, visando ao oferecimento da inicial acusatória, (STM – MS nº 164-89.2011.7.00.0000/BA, DJe 20.12.2011, Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos).

Com efeito, o exercício desse direito nem sempre se dá de forma direta.

No sistema brasileiro de justiça, não obstante prolíferas e importantes atribuições que o legislador constitucional e infraconstitucional reservou ao Ministério Público, delas excluiu a atribuição de decidir sobre o rompimento do segredo bancário, fiscal e das comunicações, por estarem amparados na Constituição da República e exigirem a intervenção da autoridade judiciária por meio de Processo Incidente e Decisão fundamentada, ainda que seja para os fins de investigação policial anterior à Denúncia.

Em países europeus e alguns da América, a obtenção de dados bancários protegidos por sigilo pode ser objeto de atuação própria e independente

do Ministério Público, deixando-se ao juiz quando a providência ocorrer em processo criminal. Estados Unidos, Alemanha, Itália, Suíça, Bélgica, França e Chile são países que atribuíram ao MP o poder de requisição das informações sigilosas bancárias e fiscais de pessoas e entidades investigadas. Na Alemanha, o MP pode ordenar medidas que incluem até mesmo detenção [cf. **A Investigação criminal pelo MP no Direito Comparado e o Retrocesso do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 37**, Odone Sanguiné e Paloma M. Sanguiné, in Revista IBCCRIM, Tribuna Virtual, ano 1, edição 2, março de 2013].

No âmbito do Direito da Comunidade da Europa nota-se a tendência de consagrar o Ministério Público *dominus* da investigação policial. No Direito Comparado, o exemplo mais claro vem da lei portuguesa, que insere o MP no círculo das "autoridades judiciárias" [art. 1º, alínea "b", do Código de Processo Penal Português], e a quebra do sigilo pode ser decretada pelo Juiz ou MP, "conforme este ou aquele tenha a direção da fase processual em que é suscitada a quebra do sigilo bancário" [Cf. Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa – Acórdão 278/95, de 31.5.1995].

No plano normativo brasileiro, a Lei Complementar nº 105/2001, no art. 1º, § 4º, faculta ao Poder Judiciário a decretação da quebra de sigilo, quando necessário, para a apuração de ocorrência de ilícito penal, especialmente em crimes contra a ordem tributária, administração pública, praticado por organização criminosa e outros ali referidos. Tal enumeração é meramente exemplificativa[193], eis que, para a apuração de outros delitos não mencionados e sua autoria [homicídio mediante "recompensa" efetuada, por exemplo], a quebra também é admissível.

A base legal da legitimidade do Judiciário está, ainda, presente no art. 3º da norma, *in verbis*:

> Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

No caso destes autos, a base fática ampara-se em resultados evidentes da investigação a apontar pelo menos o desvio de 44 mil reais da Fazenda Pública militar, com a participação dolosa ou culposa dos indiciados. A demora de se encerrar a fase complementar das diligências já sob a orientação do MPM, antes de revelar o insucesso da apuração, está a registrar que a proposta de prova requerida decorre somente após a busca e colheita de outros elementos e indícios, os quais não exigiram a intervenção da autoridade judicial.

---

[193] VELASQUES, Renato Vinhas. *Quebra de Sigilo Bancário*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Nº 48, de 2002. p. 135.

Na Inicial, o Impetrante menciona os resultados de Auditoria Contábil realizada pelo Centro de Controle Interno do Exército, mediante requisição do MPM, concluindo-se pela ocorrência de prejuízo à Administração Militar:

> Do exame realizado pela equipe de Auditoria ficou evidenciada a existência de irregularidades por falta de comprovação de entrada no patrimônio daquela UG causando prejuízo à Fazenda Nacional conforme explicitado nas respostas aos quesitos elaborados pelo Ministério Público Militar. O valor total do dano atualizado até junho de 2016 é de R$ 62.089,40 – fl. 7.

O IPM foi conduzido pelo Coronel Júlio César Evangelista dos Santos. A leitura do seu Relatório permite compreender o histórico da investigação policial em todos os seus passos, desde o recebimento da Portaria que o designou para a importante e difícil missão. Na chamada "Parte Conclusiva", o Presidente do Inquérito registrou sua convicção sobre os fatos:

> Houve irregularidades no processo como um todo, já que a empresa Almeida Dias, ao final do expediente do dia 30 de dezembro de 2013, emitiu Notas fiscais de serviços que não haviam sido prestados, que por sua vez tiveram sua execução atestada pelo 1º Ten QAO Luís Gonzaga de Lima e Silva [...]. Houve, portanto, por parte da empresa Almeida Dias, ao emitir documento fiscal que não encontra amparo na realidade, a intenção de enganar a Administração Militar, conforme previsto no Código Penal Militar – fl. 63.

Ao final do extenso Relatório, foram indiciados o Coronel Valentim, o Tenente-Coronel Samuel, o 2º Sargento Santos e o Civil Alan – fl. 68.

Consigno que o rompimento do sigilo, conforme requerido, na verdade significa transferir o conhecimento do conteúdo da vida bancária e fiscal do estabelecimento detentor da conta-corrente e da Receita Federal para os Órgãos de Justiça e do Ministério Público, preservados do conhecimento público e de outras entidades governamentais.

Na doutrina brasileira, diversa do entendimento em outros países, o sigilo das informações bancárias, fiscais e de comunicações decorre de preceito constitucional previsto no Artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição da República. No Direito Comparado vamos encontrar teorias que vão do fundamento contratual entre o banco e o correntista [*confidentiality*], passando pelo legal [direito positivo], ao segredo profissional e do uso mercantil. Todavia, o legislador brasileiro compreendeu o instituto no âmbito dos direitos fundamentais, de proteção à intimidade e à privacidade do cidadão. Mas não é direito absoluto, requer o controle judicial, e seu rompimento é medida excepcional e limitada no tempo e no espaço, admitida na ponderação de interesses e predominância do interesse público justificado pelo interesse do Estado na apuração de conduta ilícita criminal.

Importa citar que o ordenamento jurídico internacional contempla vários dispositivos legais sobre a reserva de intimidade e privacidade, a saber: art. 12 da DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem [ONU 1948]; art. 17 do PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; art. 8º da CEDH – Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; e art. 11 da CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O direito à intimidade, fundamento constitucional da proteção ao sigilo bancário, fiscal e das comunicações, segundo a doutrina brasileira, teve a primeira vez exposto pelo Juiz norte-americano Cooley, em 1873, que definiu o direito à intimidade como "*the right to be alone*", ou o "direito de uma pessoa ser deixada em paz" ["*The Elements of Torts*"]. No entanto, foram os autores Warren e Brandeis, já no século XX, que inseriram o direito à intimidade – "*right privacy*" do conceito de propriedade – e o classificaram como direito de personalidade – *"the right to one's personality*" [Artigo "*The Privacy*". Samuel Warren e Louis Brandeis *in "Harvard Law Review*", volume IV, nº 5, 1890, mencionada em artigo de Paulo Caliendo Velloso da Silveira, "**Proteção de Dados no Direito Comparado**", Revista da Ajuris, n. 71, novembro 1997].

Ainda na análise sobre Direito Comparado, cabe citar que a doutrina europeia reconheceu o direito à intimidade inspirador da proteção do dever de sigilo bancário no *leading case* julgado pelo Tribunal Constitucional Português no Acórdão nº 278/1995. Nesse acórdão, lavrado em 31.5.1995, a Corte Constitucional consagrou o segredo bancário "enquanto forma de tutela da reserva da vida privada presente nos dados bancários" [Relator: Min. Alves Correa, www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19450278. Acesso em: 2.4.2017].

A esse respeito, assim se pronunciou o Tribunal de Coimbra ao julgar Incidente de Sigilo Bancário [Acórdão nº 3878/04, 12.01.2005]:

> Sendo certo que, mesmo nos regimes mais restritivos, nunca foi um sigilo absoluto. Nem na banqueira Suíça, onde a lei federal sobre processo penal não exclui os banqueiros na dispensa de testemunhas, e, segundo os Códigos cantonais, os banqueiros são obrigados a exibir documentos e depor como testemunha sempre que a autoridade judiciária, avaliando a importância dos interesses em jogo, os não dispensa dessa obrigação.

No Direito Lusitano, estudiosos referem como decisão paradigmática Acórdão do Tribunal de Coimbra em Recurso julgado em 12.5.1992, assim ementado:

> Justifica-se a dispensa do cumprimento de observância do sigilo bancário relativamente a fatos que estejam a ser apurados em processo criminal em que se averigue matéria relacionada com a comissão de infrações penais de agentes que, em violação das regras estabelecidas, se servem do sistema bancário para enriquecer ilicitamente à custa do patrimônio dos outros. [TRL, Col. de Jurisprudência, Tomo III/92, 353].

Historicamente falando, autores situam a origem do sigilo bancário desde os primórdios da formação dos estabelecimentos que emprestavam e guardavam moeda. Se para São Tomás de Aquino não cabia cobrar-se juros ["O juro é o preço do tempo, e o tempo pertence à Deus"], para banqueiros desde os tempos imemoriais, o segredo dos negócios era critério obrigatório para o sucesso dessa atividade. Modernamente, teria surgido na França com o Regulamento de 1706.

Todavia, uma *Ordennance* sobre o comércio editada em 1673 garantia o "segredo negocial" [**O Sigilo Bancário – Problemas Fiscais e Constitucionais**, Vanessa Raquel Ferreira Coelho, *in* Dissertação de Mestrado da Universidade Católica do Porto-Portugal, 30.11.2012 – www.repositorio.ucp.pt, acesso em 1º.4.2017, 17:53]. Segundo a autora, o termo "segredo bancário" foi primeiro aplicado na Alemanha. Em nosso país, autores fixam que a primeira legislação aplicável foi o Código Penal de 1940, ao prever o crime de "violação de sigilo" – art. 154. Logo em seguida, com o advento da Lei nº 3.689/1941, regulou-se o sigilo bancário como "a proibição de revelação de informações sob sigilo" – art. 38. A partir de 2001, a Lei Complementar nº 105 passou a regular o "sigilo das operações de instituições financeiras".

O direito à intimidade, sob a proteção constitucional, avaliada a ponderação de interesses predominantes, é excepcionalmente mitigado para finalidades "de justiça e da segurança enquanto valores do Estado Democrático de Direito e na justa medida em que tal se tenha por necessário, proporcional e adequado" (Acórdão nº 2061/2008, do **Tribunal da Relação de Lisboa**, 19.10.2001, Rel. Juiz Paulo Fernandes da Silva).

No julgamento da ADI 2390 [18.2.2016 – Rel.: Min. Dias Toffoli], o Supremo Tribunal Federal consagrou a hipótese de quebra do sigilo bancário no Inquérito Policial:

> [...] De fato, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, de longa data, admite a possibilidade de que seja decretada a quebra do sigilo bancário, não apenas no âmbito da ação judicial, mas também no curso do inquérito policial, desde que atingidos os requisitos para tanto exigidos.

Tal orientação jurisprudencial da mais alta Corte de Justiça do país é remansosa, conforme se depreende de julgado no Inquérito 867/DF:

> A quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica – só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existir fundados elementos de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado (RTJ 157, página 58).

Neste STM podem-se citar Decisões colegiadas na exata direção adotada pelo STF:

> Mandado de Segurança. Inquérito Policial. Sigilo Bancário. Mandado de Segurança impetrado com o objetivo de ver cassada Decisão, proferida em IPM, que indeferiu o pedido ministerial de quebra do sigilo bancário de ex-pensionista da Marinha.
>
> A garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo bancário não é absoluta, portanto, pode ser afastada em determinadas e restritas situações em que o interesse público se sobrepõe ao particular.
>
> *In casu*, a providência requerida desvelou-se indispensável para a propositura da Ação Penal. (...) O MPM tem direito líquido e certo de produzir provas indispensáveis à formação da *opinio delicti* necessária para o exercício do múnus público previsto no Art. 129, inciso I, da CF. Concessão da segurança. Unânime. (STM – MS 2009010007407/RJ, DJe 10.12.2009, Rel: Min. Renaldo Quintas Magioli).
>
> Nenhuma garantia ou direito fundamental pode ser invocado para encobrir a possível prática de um delito. Em casos que tais, desde que presentes os requisitos autorizadores da quebra do sigilo bancário, o interesse público em esclarecer os fatos se sobrepõe aos interesses privados que se encontram em xeque. (STM – MS nº 66-70.2012.7.00.0000/CE, DJe 1.8.2012, Rel. Min. Carlos Alberto Marques Soares)

Notadamente, a quebra do sigilo bancário do indiciado em inquérito não viola qualquer garantia constitucional, desde que determinada por órgão do Poder Judiciário, diante de situação de séria carga indiciária demonstrativa do cometimento de infrações penais e sendo a providência necessária para a melhor elucidação dos fatos, como é o caso dos autos.

Consigno que não elide a necessidade de afastamento do sigilo bancário e fiscal do indiciado Coronel RRm Manoel Vicente Valentim Neto, à época Ordenador de Despesas da OM, sob o argumento da juntada espontânea dos extratos bancários das contas por ele movimentadas. Eis que, como bem apontado pelo *Parquet* Militar, o indiciado tem o direito de não produzir provas contra si, de modo que ele pode encaminhar extratos bancários das contas que eleger e do período que entender conveniente ao passo que o afastamento de dados bancários e fiscais via Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias – SIMBA possibilitará o conhecimento de dados de todas as contas que porventura existam em nome do indiciado.

Cabe ressaltar que as datas das movimentações financeiras apresentadas pelo indiciado (de julho de 2013 a janeiro de 2014) sequer conferem com as apontadas no requerimento ministerial (janeiro de 2013 a dezembro de 2014). Ademais, o fato de o indiciado apresentar seus extratos bancários não abona a necessidade da juntada das informações fiscais ora requeridas, a saber o Imposto de Renda referente aos anos calendários de 2012 e 2013.

Não há que se falar em atipicidade da conduta ou de prescrição quando o fato está ainda sendo investigado, e não emerge sem qualquer ressalva o despropósito da aparência de crime.

O Magistrado não está autorizado a se imiscuir no mérito da investigação, sob pena de coarctar as atribuições ministeriais, deve abster-se de tipificar condutas e até mesmo de reconhecer prescrição em perspectiva. Evidente que, por tratar-se de investigação, há inúmeras possibilidades ao deslinde, cabendo ao Órgão ministerial a *opinio delicti*.

In casu, o rompimento do segredo bancário e do Imposto de Renda relativo às informações dos correntistas indiciados em IPM, em face dos indícios de crime contra a Administração Militar e do contexto do que foi até o momento apurado, constitui fundamento idôneo de que o *Parquet* militar demonstrou ser medida indispensável à conclusão das investigações sobre sua orientação. Constitui, ademais, seu direito líquido e certo à regular atividade probatória.

Não pode prosperar Decisão negativa do magistrado que indefere tal proposta de prova, mormente quando fundamentada em indícios de desvio de verba do erário e indicação dos envolvidos.

Com efeito, no caso *sub examine,* a *ratio decidendi* do indeferimento do pleito ministerial aponta para a análise da capitulação de tipos penais sugeridas pelo encarregado do IPM e sobre elas aduz prescrição virtual, modalidade repelida pela jurisprudência nacional. A Decisão ora vergastada aponta um exame prematuro do mérito, antecipando a fase processual que sequer existe, inferindo, praticamente, sobre a ausência de interesse em agir do MPM, mesmo que com a investigação ainda em curso. Nesse sentido, extrapolou os parâmetros da análise da atividade probatória sob reserva de jurisdição, merecendo, assim, ser desconstituída.

É o caso, portanto, de atender o Ministério Público e permitir o desenvolvimento da sua atividade persecutória no IPM 166-06 [1ª Aud. 11ª CJM], decretando-se:

I - o rompimento do sigilo bancário dos indiciados no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014; e

II - a quebra do sigilo das informações do Imposto de Renda declaradas à Secretaria da Receita Federal, referente aos anos calendários de 2012 e 2013, cumprindo ao Juízo de origem determinar que se instaurem Autos Apartados e decretar "segredo de Justiça".

Diante do exposto, Voto pelo **conhecimento e concessão** deste **Mandado de Segurança**, para desconstituir a Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da 1ª Auditoria da 11ª CJM, proferida à fl. 43 nos autos do IPM nº 166-06.2014.7.11.0111, e determinar a **Quebra do Sigilo Bancário** referente ao

período compreendido entre 1º.1.2013 a 31.12.2014 e a Quebra do Sigilo Fiscal relativo aos exercícios de 2013 e 2014 (anos calendários 2012 a 2013) dos indiciados Coronel RRm Manoel Vicente Valentim Neto, Coronel RRm Samuel Dias Neto, 2º Sargento RRm Nicanor Santos – militares – e do civil Alan Marques Almeida e da empresa "Almeida Dias Material de Construção Ltda EPP".

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em rejeitar a preliminar, arguida pela Defesa dos litisconsortes passivos, de não cabimento da Ação mandamental; **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar, suscitada pela Defesa, de inépcia da inicial. No mérito, **por unanimidade**, em conhecer do Mandado de Segurança e conceder a ordem, desconstituindo a Decisão proferida pelo MM. Juiz-Auditor Substituto da 1ª Auditoria da 11ª CJM, e deferir a quebra do sigilo bancário e fiscal dos indiciados no IPM 166-06.2014.7.11.0111, conforme requerido pelo Ministério Público Militar.

Brasília, 22 de junho de 2017 – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro-Relator.

Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 3-49.2017.7.03.0303-RS

Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Recorrente: O Ministério Público Militar.

Recorrido: A Decisão do MM. Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª CJM, de 13/1/2017, proferida nos autos do Processo de Execução Penal nº 3-49.2017.7.03.0203, que declarou a incompetência do Juízo Militar para apreciação da execução penal referente ao ex-3º Sgt Ex Jonatan Olmiro Paula.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. CONDENAÇÃO. EX-MILITAR. PENA SUPERIOR A DOIS ANOS. REGIME ABERTO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. MANDADO DE PRISÃO. CARTA DE GUIA. EXPEDIÇÃO. COMPETÊNCIA DA JMU. EXECUÇÃO PENAL. REMESSA DOS AUTOS À VARA DE EXECUÇÕES PENAIS (VEP).

1. Transitada em julgado a Sentença condenatória que impõe a ex-militar, ou a civil, pena superior a dois anos, compete ao Juiz-Auditor, antes de encaminhar os autos à VEP, expedir o respectivo mandado de prisão e a decorrente carta de guia, nos termos do art. 594 e seguintes do CPPM.

2. Tratando-se de imposição de regime aberto, no Mandado de Prisão deverá constar, expressamente, aquela forma de execução da pena, bem como a determinação de que o Sentenciado seja recolhido à casa de albergado ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, assegure-se a prisão em domicílio. Decisão majoritária.

DECISÃO

Na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro Artur Vidigal de Oliveira, após o voto do Ministro Marco Antônio de Farias (Relator), que dava provimento ao Recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para, reformando a Decisão hostilizada, declarar a competência do Juízo Militar para a expedição do respectivo Mandado de Prisão, devendo, no entanto, constar expressamente de seu texto o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a determinação de o Sentenciado ex-3º Sgt Ex Jonatan Olmiro Paula ser recolhido à "casa de albergado" ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa à Vara de Execuções Penais da documentação necessária para a formação dos autos de execução. O Ministro José Barroso Filho negava provimento ao Recurso. Os Ministros William de Oliveira Barros, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Lúcio Mário de Barros Góes, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Péricles Aurélio Lima de Queiroz aguardam o retorno de vista. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Luis Carlos Gomes Mattos e Odilson Sampaio Benzi não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da 35ª Sessão, 1º/6/2017).

Prosseguindo no julgamento interrompido na 35ª Sessão, em 1º de junho de 2017, após o retorno de vista do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, o Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao Recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para, reformando a Decisão hostilizada, declarar a competência do Juízo Militar para a expedição do respectivo Mandado de Prisão, devendo, no entanto, constar expressamente de seu texto o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a determinação de o Sentenciado, ex-3º Sgt Ex Jonatan Olmiro Paula, ser recolhido à "casa de albergado" ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa à Vara de Execuções Penais da documentação necessária, inclusive da Carta de Guia, para a formação dos autos de execução. O Ministro José Barroso Filho negava provimento ao Recurso. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira e José Barroso Filho farão declarações de

voto. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Odilson Sampaio Benzi não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Jaime de Cássio Miranda. Presentes os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, William de Oliveira Barros, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da 43ª Sessão, 30/6/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito (RSE) interposto pelo *Parquet* das Armas, com fulcro no art. 516, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar (CPPM), em face de Decisão do Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), proferida nos autos do Processo de Execução Penal nº 3-49.2017.7.03.0203, referente ao ex-3º Sgt Ex JONATAN OLMIRO PAULA, que declinou competência em favor da Vara de Execução Penal (VEP) da Comarca de Panambi/RS, local de residência do Sentenciado.

Inicialmente, convém realizar breve retrospectiva dos fatos.

O então 3º Sgt Ex OLMIRO respondeu à Ação Penal Militar (APM) perante a 3ª Auditoria da 3ª CJM, sendo condenado – já na condição de ex-militar, em razão de seu licenciamento durante o transcurso do processo – como incurso nos arts. 312 e 319, ambos do Código Penal Militar (CPM). Consta da condenação que o réu confeccionou "termos de diligências", nos quais declarava falsamente que teria adotado todas as providências para a captura de um desertor, quando, na verdade, enviava "mensagens de texto" por meio de aparelho celular, alertando-o sobre eventuais diligências de captura.

Naquela oportunidade, foi absolvido do crime previsto no art. 240, § 2º, do mesmo código, em razão de não ter sido comprovado o seu dolo no tocante à apropriação de *notebook* pertencente à Fazenda Nacional. Extrai-se da Sentença que, após incêndio na OM, o ex-militar encontrou o aparelho entre as suas coisas, o qual, ao ligar, apresentava tela azul, impedindo-o de identificar o seu proprietário, razão pela qual foi formatado e reutilizado na execução de tarefas na Unidade Militar.

As Partes interpuseram Apelações, ocasião em que este Tribunal, sob a Relatoria da Min. Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, por unanimidade de votos, reformou a Sentença atacada para absolvê-lo em relação ao crime previsto no art. 312 do CPM. Condenou-o, por sua vez, como

incurso nos arts. 240, § 2º, e 319, ambos do mesmo código, à pena final de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, sem o direito ao *sursis* e com o regime prisional inicialmente aberto (fls. 8/33).

Com o trânsito em julgado do Acórdão em 7.12.2016 (fl. 6), os autos foram encaminhados à primeira instância, tendo o Juiz-Auditor Substituto da 3ª Auditoria da 3ª CJM determinado a instauração do Procedimento de Execução Penal (fl. 2).

Não obstante, considerando o fato de se tratar de ex-militar (fl. 63) sem o benefício do *sursis*, o Juiz-Auditor, em Despacho proferido em 13.1.2017, declarou a incompetência do Juízo Militar e declinou da competência em favor do Juízo de Execução Penal do local de residência do Sentenciado (fls. 64/65). Assim, determinou a remessa dos autos ao Juízo de Execução de Panambi/RS, sem a expedição de mandado de prisão, o que causou a indignação do *Parquet* das Armas.

Por essa razão, o *Parquet* Militar interpôs o presente RSE (fl. 67). Em suas Razões (fls. 70/77), alega que a Decisão atacada vai de encontro à Súmula nº 192[194] do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e à Lei de Execução Penal (LEP), esta última em seu art. 2º, parágrafo único:

> Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
>
> Parágrafo único. **Esta Lei aplicar-se-á** igualmente **ao preso** provisório e ao **condenado pela Justiça** Eleitoral ou **Militar**, **quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária**. (grifos nossos).

Para corroborar o seu entendimento, acrescenta que o CPPM, no art. 594[195], prevê a expedição da "carta de guia" pelo Juiz-Auditor da JMU, a qual será confeccionada após a prisão do Sentenciado. Nesse passo, transcreve, ainda, decisão monocrática em julgado do STJ[196] e Acórdão desta Corte[197].

Em sua conclusão, requer a reforma da Decisão de primeira instância, no sentido de firmar a competência da 3ª Auditoria da 3ª CJM para "expedir mandado de prisão em desfavor do ex-militar bem como determinar que o controle da execução penal passará a ser da Justiça Estadual (Juízo de Execução

---

[194] Súmula 192/STJ: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual".

[195] Art. 594 do CPPM: Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.

[196] Conflito de Competência (CC) nº 137.370/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JUNIOR/STJ, julgado em 18.2.2015.

[197] HC nº 213-28.2014.7.00.0000/RJ, Rel. Min. Dr. OLYMPIO Pereira da Silva Junior, julgado em 19.2.2015 e publicado no DJe em 15.5.2015.

Penal da Comarca de Panambi/RS) somente após o recolhimento do condenado a estabelecimento sujeito à Administração do Estado do Rio Grande do Sul". Na ocasião, prequestiona a matéria para o fim de eventual interposição de Recurso Extraordinário (RE).

Por sua vez, a Defensoria Pública da União (DPU) reforça a Decisão atacada (fls. 79/87), reproduzindo as ementas dos Conflitos de Competência (CC) nº 148.400, da lavra do Min. FELIX FISHER, e nºs 85.589 e 109.355, ambos da relatoria da Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Ressalta que ao Sentenciado foi conferido o regime inicialmente aberto para a execução da pena e, portanto, a expedição de um mandado de prisão implicaria o cumprimento da reprimenda em regime mais gravoso.

Nesse contexto, acrescenta julgados desta Corte, valendo destacar o HC nº 213-28.2014.7.00.0000/RJ, da relatoria do Min. Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, o qual, surpreendentemente, também foi citado pelo MPM para amparar o seu recurso. Ao término, conclui:

> A expedição de prévio mandado de prisão pela Justiça Militar da União violará a garantia do regime prisional do condenado, já que a execução de tal mandado, nas presentes circunstâncias, não garantirá, à evidência, o regime aberto, pois o sentenciado será, necessariamente, recolhido à prisão (nem que por poucos dias), o que é flagrantemente inadmissível.

Em sede de Juízo de Retratação, o Juiz-Auditor Substituto manteve a Decisão atacada e, considerando tratar-se de matéria de competência, atribuiu-lhe, ainda, efeito suspensivo a teor do art. 516, parágrafo único, do CPPM[198] (fl. 88).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em Parecer da lavra do Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, manifesta-se pela procedência do recurso, ressalvando, no entanto, que o Juiz-Auditor deverá registrar no mandado de prisão a recomendação de ser o apenado recolhido à casa de albergado ou, na sua falta, em prisão domiciliar, devendo tal providência preceder o encaminhamento da documentação à VEP competente (fls. 97/100). Nesse sentido, conclui:

> (...) é o parecer para dar provimento ao recurso interposto pelo MPM, reformando-se a decisão do Escabinato de Primeiro Grau, **para que seja fixada a competência do juízo da 3ª Auditoria da 3ª CJM, quanto à expedição de mandado de prisão, em face de Jonatan Olmiro Paula**. (negrito nosso).

A DPU foi intimada de que o presente processo foi colocado em mesa.

É o Relatório.

---

[198] Art. 516 do CPPM: Caberá recurso em sentido estrito da decisão ou sentença que: (...) Parágrafo único. Esses recursos não terão efeito suspensivo, salvo os interpostos das decisões sobre matéria de competência, das que julgarem extinta a ação penal, ou decidirem pela concessão do livramento condicional.

VOTO

O presente Recurso satisfaz os requisitos de admissibilidade.

Em síntese, insurge-se o MPM contra a Decisão do Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da 3ª CJM que, após o trânsito em julgado da APM nº 116-42.2013.7.03. 0303 – e considerando se tratar de Sentenciado ex-militar, sem o benefício do *sursis* –, declarou a incompetência daquele Juízo Militar, determinando o encaminhamento dos autos ao Juízo de Execução de Panambi/RS, local de residência do condenado, sem a expedição de mandado de prisão e prévio recolhimento em estabelecimento prisional sujeito à administração estadual.

Assiste razão ao *Parquet* das Armas.

Embora pareça desnecessário, cumpre destacar que a Justiça Militar da União (JMU), assim como a Justiça Militar Estadual (JME), têm previsão constitucional. Todavia, enquanto a primeira julga "crimes militares"[199] definidos em lei – podendo ter como agentes infratores tantos os militares quanto os civis –, a segunda julga "crimes dos militares"[200], restringindo-se a sua apreciação, na seara penal, às condutas infratoras dos Policiais Militares e dos Bombeiros Militares.

A par de julgar civis, não compete à JMU a execução de eventual pena privativa de liberdade aplicada, sendo esta da competência do Juízo de Execução comum, nos termos do art. 62 do CPM, *in verbis*:

> **Pena privativa da liberdade imposta a civil**
>
> Art. 62 - **O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil**, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (negrito nosso).

Esse dispositivo está em harmonia com o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais (LEP): "**Esta Lei aplicar-se-á igualmente** ao preso provisório e **ao condenado pela Justiça** Eleitoral ou **Militar**, **quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária**". (negrito nosso).

Em se tratando de ex-militares, o princípio é o mesmo.

Por não mais ostentar a qualidade de militar, a pena privativa de liberdade imposta não será cumprida em instalação penal castrense, nos termos do

---

[199] Art. 124 da CF: À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

[200] Art. 125 da CF: Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição (...) § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei (...).

art. 59, inciso II, parte final[201], mas, sim, em estabelecimento prisional comum, tal qual ocorre com o condenado civil.

Esse é o caso dos autos.

Embora o Sentenciado tenha cometido os delitos militares enquanto ainda estava na ativa, sobreveio seu licenciamento no transcurso do processo, ainda em primeira instância. A partir de sua exclusão do Serviço Ativo, aquele agente desnuda-se de sua condição de militar e passa a ter o *status* de civil, não mais fazendo jus ao recolhimento em estabelecimento próprio.

Sobre isso não há discussão, tanto que o Juízo Castrense reconheceu a incompetência para executar a pena privativa de liberdade, declinando-a em favor da VEP do local da residência do Sentenciado.

A questão posta sob análise neste recurso é saber quem vai expedir o mandado de prisão e a consequente "carta de guia" – também denominada de "guia de recolhimento" pela Justiça Comum – após o trânsito em julgado da Sentença condenatória, na qual o infrator, civil ou ex-militar, tenha sido condenado à pena privativa de liberdade sem o benefício do *sursis*.

No caso concreto, o ex-militar foi condenado a uma pena superior a 2 (dois) anos de reclusão, o que lhe impediu a concessão do *sursis*, nos termos do *caput* do art. 84 do CPM: "A execução da pena privativa da liberdade, **não superior a 2 (dois) anos**, **pode ser suspensa**, por 2 (dois) anos a 6 (seis) anos, desde que: (...)".

Sendo reprimenda inferior a 4 (quatro) anos, e não sendo o infrator reincidente, fez jus ao regime aberto para o seu cumprimento, a teor do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro (CPB), *in litteris*:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
>
> (...)
>
> c) **o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto**. (negrito nosso).

Cumpre ressaltar que, mesmo para o regime aberto, há a necessidade de expedição do mandado de prisão[202], quando do trânsito em julgado da Sentença condenatória. Nesse caso, o condenado cumprirá a pena privativa de liberdade

---

[201] Art. 59 do CPM: 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: (...) 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 dois anos.

[202] Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 93.383/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – Quinta Turma/STJ, julgado em 6.5.2008 e publicado no DJe em 9.6.2008; Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 11.160/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – Sexta Turma/STJ, julgado em 18.10.2001 e publicado no DJe em 4.2.2002.

em estabelecimento penal próprio, qual seja, em "casa de albergado" ou outra instalação adequada, nos termos do art. 33, § 1º, alínea "c", do CPB[203].

Todavia, dada a precariedade do sistema carcerário brasileiro, as comarcas, em sua maioria, não dispõem de "casa de albergado". Em outras, embora existente, não possuem vagas disponíveis, o que, aliado a contratempos adicionais, provocou o STF a editar a Súmula Vinculante 56:

> A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320.

O citado Recurso Extraordinário estabeleceu os seguintes parâmetros:

> a) **a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso**; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, parágrafo 1º, alíneas "b" e "c"); **c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado**. (negrito nosso).

Vale dizer, onde carecer de "casa de albergado", ou inexistirem vagas disponíveis, não poderá o Sentenciado ser mantido em regime mais gravoso, devendo ser adotadas medidas alternativas ou determinada a sua prisão domiciliar.

Feitos esses breves esclarecimentos, verifica-se do CPPM, da simples leitura de seus arts. 594[204], 595[205] e 598[206], que compete ao Juiz-Auditor, e não

---

[203] Art. 33 do CPM: A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
§ 1º Considera-se: (...) c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

[204] Art. 594 do CPPM: Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.

[205] Art. 595 do CPPM: A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo auditor, que rubricará todas as folhas, será remetida para a execução da sentença: (...) b) ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena, quando superior a dois anos, imposta a militar ou assemelhado ou a civil.

[206] Art. 598 do CPPM: Remeter-se-ão ao Conselho Penitenciário cópia da carta de guia e de seus aditamentos, quando o réu tiver de cumprir pena em estabelecimento civil.

ao Juiz da VEP comum, expedir a competente "carta de guia" para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ainda que imposta a civil ou a ex-militar.

Ao comentar o art. 594 do CPPM, assim o fez NUCCI[207]:

> 1401. **Início formal da execução da pena: dá-se com a expedição da carta de guia ou guia de recolhimento**. Esta, por seu turno, somente será emitida quando o réu, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vier a ser preso ou já se encontra detido. **Deve o cartório do <u>Juízo da condenação</u> providenciar a expedição da guia, enviando-a, com as peças necessárias, ao juízo de execução penal** (...). (grifos nossos).

Prossegue o citado autor:

> Cópias serão igualmente remetidas à autoridade administrativa onde se encontra preso o condenado. Nesse prisma: STJ: "**Não há como se expedir a guia de recolhimento e, assim, iniciar-se o processo de execução se, na hipótese, está pendente de cumprimento o mandado de prisão expedido pelo <u>juízo sentenciante</u>**, em razão do fato de o paciente se encontrar há mais de 14 anos foragido. A teor do disposto no art. 105 da Lei 7.210/84, o processo de execução somente poderá ser instaurado, pelo juízo competente, após o recolhimento do condenado" (RHC 17.737-SP, 5ª t., rel. Laurita Vaz, 18.08.2005, v.u., DJU 03.10.2005, RT 844/528) (grifos nossos).

Discorrendo sobre o Sentenciado civil, destaca LOBÃO[208]:

> No caso de réu civil condenado e foragido, os autos de execução deverão permanecer no Juízo Militar. **Ocorrendo a captura e tendo a sentença condenatória transitada em julgado, o Juiz expedirá a carta de guia, encaminhando-a ao diretor da penitenciária, juntamente com o sentenciado (art. 595, b, do CPPM), e em seguida, remeterá os autos de execução de sentença ao Juiz de Execução Penal do Estado**, conforme Rec. Cri. 006196-2/1994. (negrito nosso).

Com efeito, pelos dispositivos legais e pelas doutrinas reproduzidas, é de se concluir que, além da "carta de guia", o Juiz-Auditor deve expedir, também, o competente mandado de prisão – frise-se, no caso de pena privativa de liberdade, com trânsito em julgado e sem a concessão do *sursis* –, independentemente da qualidade do agente infrator (civil ou militar). Por conclusão lógica, não há dúvida de que o mandado de prisão deve preceder a expedição da "carta de guia".

Corroborando esse raciocínio, transcrevo trecho de julgado do STJ que guarda semelhança com o presente caso, no qual a Justiça Federal antecipou o envio dos autos à VEP Estadual, sem a expedição de prévio Mandado de Prisão:

---

[207] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2014. p. 609/610.

[208] LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. p. 650.

> PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. EXECUÇÃO PENAL. APENADO SENTENCIADO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO PARA O JUÍZO ESTADUAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. COMPETÊNCIA, POR ORA, QUE REMANESCE COM O JUÍZO FEDERAL (...) Com razão o Juízo suscitante. **A competência da Justiça estadual para processar e julgar execução referente a sentença condenatória oriunda da Justiça Federal só exsurge quando o apenado já está recolhido em estabelecimento prisional sujeito à administração estadual.** É o que se depreende da leitura da Súmula 192/STJ: Compete ao Juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela justiça federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual. **No caso do autos, o magistrado federal (1ª Vara de Dourados – SJ/MS) antecipou o envio dos autos ao Juízo estadual, pois deixou de analisar o pleito defensivo (prescrição) e, por consequência, de expedir o respectivo mandado de prisão. Sem a última providência, a execução da pena privativa de liberdade não tem início, razão pela qual falece ao Juízo estadual, por ora, competência para processar e julgar a execução** (...). (Conflito de Competência nº 137.370, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JUNIOR, julgado monocraticamente em 18.2.2015). (negrito nosso).

No citado processo, assim se manifestou a Procuradoria da República, atuando em sua missão precípua de fiscal da ordem jurídica:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA
>
> **1. A expedição de guia de recolhimento do Juízo da condenação para o Juízo da Execução somente poderá ocorrer após o envio de prévio mandado de prisão, haja vista que a competência deste só estará firmada após a determinação e concretização da custódia do sentenciado.**
>
> Precedentes.
>
> 2. Parecer pelo conhecimento do conflito a fim de que seja declarada a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Dourados (...). (negrito nosso).

No mesmo sentido é o Conflito de Competência nº 119.753/SP, de relatoria da Desembargadora ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, convocada do TJ/PE, julgado em 15.5.2013 pela Terceira Seção do STJ:

> **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. GUIA DE RECOLHIMENTO EXPEDIDA SEM PRÉVIO MANDADO DE PRISÃO PARA COMARCA DIVERSA. ART. 65 DA LEI Nº 7.210/84. 1. A expedição de guia de recolhimento do Juízo da condenação para Juízo de comarca diversa somente poderá ocorrer após envio de prévio mandado de prisão, uma vez que a competência do Juízo das Execuções de comarca diferente da do Juízo da condenação só se firmará após a devida determinação e concretização da prisão do réu.** Antes disso, não há qualquer relação processual de âmbito executório do sen-

> tenciado com o Estado diverso do Estado da condenação. 2. Até a devida determinação e concretização de prisão do réu, não há jurisdição do Juízo de Execuções de Comarca diversa da comarca da condenação, por não haver iniciado qualquer relação processual de âmbito executório com o sentenciado em outro Estado. 3. Após a prisão do condenado e expedição da guia de recolhimento à Juízo de comarca diversa da comarca da condenação, é que este poderá providenciar o necessário para a remoção do sentenciado para cumprimento de sua pena no Estado de condenação/vínculo ou para o cumprimento da reprimenda no Estado no qual, eventualmente, reside com sua família. 3. Na hipótese, foi expedida guia de recolhimento do sentenciado pelo Juízo do Paraná (juízo sentenciante), sem que o acusado fosse efetivamente preso e sem comprovação da declaração do réu no processo de que residia em São Paulo/SP, o que é insuficiente para transferir a competência da execução da pena para o Juízo da Comarca de São Paulo. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR, o suscitado. (negrito nosso).

Esse entendimento vai ao encontro da Súmula nº 192 do próprio STJ: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, **quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual**". (negrito nosso).

Igual parâmetro se verifica do art. 105 da Lei nº 7.210/1984 – *Lei de Execuções Penais* –, que assim dispõe: "Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução".

Logo, depreende-se que a execução da pena imposta ao Sentenciado, civil ou ex-militar condenado pela JMU, será da competência da VEP do local de sua residência. Para tanto, antes de enviar os respectivos autos, há a necessidade, de acordo com as circunstâncias e as exigências legais, de prévia expedição do mandado de prisão e da "carta de guia" pelo Juízo Militar, nos termos da súmula referenciada. Essa também é a conclusão de ASSIS e de LAMAS[209], ao discorrerem sobre a JMU e a execução da pena aplicada ao civil:

> Ora, pelo comando do art. 594 do CPPM, transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, o auditor deverá, primeiro mandar prender o réu e depois expedir carta de guia para o cumprimento da pena.
>
> A Carta de Guia, nos termos do art. 595 do diploma processual castrense, será remetida para o diretor da penitenciária em que tenha que ser cumprida a pena.
>
> **A conclusão lógica é que, transitando em julgado a sentença penal condenatória – seja porque o réu não recorreu da decisão ou**

[209] ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Cláudia Rocha. *Execução da Sentença na Justiça Militar*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 87.

> **porque teve o recurso improvido, de posse dos autos baixados do Superior Tribunal Militar, o Juiz-Auditor deve, obrigatoriamente, expedir o mandado de prisão e, sendo preso o condenado, encaminhá-lo para o estabelecimento prisional civil (na dicção do comando legal). Uma vez inserido no sistema prisional civil é que o preso passa a ter o direito de reger-se pela Lei de Execução Penal**. (negrito nosso).

Eventuais inferências quanto à possibilidade de alguns condenados ao regime aberto serem recolhidos ao cárcere fechado[210], em razão dos desencontros relativos aos procedimentos administrativos para dar cumprimento às Sentenças ou em face da burocracia existente, devem ser contemporizadas com a expedição de mandados de prisão com a expressa ressalva de ser o apenado recolhido à "casa de albergado" e, na falta desta, ou na ausência de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar.

Tal conclusão se extrai de diversos remédios heroicos julgados por esta Corte[211], valendo destacar o HC nº 170-28.2013.7.00.0000/RJ, de relatoria do Min. Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, julgado em 22.10.2013 e publicado no DJe em 7.11.2013, *in verbis*:

> **EMENTA: HABEAS CORPUS. CIVIL. CONDENADO NA JUSTIÇA MILITAR. PENA SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS. ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO.** PREVISÃO NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DAS PECULIARIDADES DO CONDENADO. Embora a decretação da prisão seja um formalismo previsto no Código de Processo Penal Militar e na Lei de Execuções Penais, como meio necessário para a expedição da carta de guia, é imprescindível uma análise das peculiaridades do condenado, sob pena de se violar direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados para o cumprimento da pena. A efetivação da prisão para o seu encaminhamento ao estabelecimento prisional adequado, a fim de que tome ciência das condições estabelecidas, pode demorar dias, ainda mais quando considerada a morosidade decorrente do grande número de sentenciados a cargo dos órgãos de execução penal nos Estados. Além de assegurado ao Paciente o regime aberto para o início do cumprimento da pena, trata-se de Policial Rodoviário Federal no exercício pleno do cargo, não havendo nenhum motivo que enseje a sua prisão tão só para se deflagrar o processo executório. Tal medida poderia trazer considerados prejuízos à sua rotina de trabalho,

---

[210] RSE nº 93-03.2016.7.03.0303/RS, Rel. Min. Dr. José BARROSO Filho, julgado em 9.2.2017 e publicado no DJe em 21.2.2017.

[211] HC nº 258-61.2016.7.00.0000/PA, Rel. Min. Gen Ex LÚCIO Mário de Barros Góes, julgado em 7.2.2017 e publicado no DJe em 15.2.2017; HC nº 123-49.2016.7.00.0000/RJ, Rel. Min. LÚCIO Mário de Barros Góes, julgado em 1.7.2016 e publicado no DJe em 5.8.2016; HC nº 213-28.2014.7.00.0000/RJ, Rel. Min. Dr. OLYMPIO Pereira da Silva Junior, julgado em 19.2.2015 e publicado no DJe em 15.5.2015; HC nº 145-78.2014.7.00.0000/RJ, Rel. Min. Artur VIDIGAL de Oliveira, julgado em 1.10.2014 e publicado no DJe em 16.10.2014; HC º 95-86.2013.7. 00.0000/RJ, Rel. Min. Dra. Maria ELIZABETH Guimarães Teixeira Rocha, julgado em 11.6.2013 e publicado em 20.6.2013.

> pois não se sabe quantos dias ficaria preso à disposição da autoridade judiciária local. **Concedida a ordem para ratificar a liminar que determinou o recolhimento do mandado de prisão, a fim de que outro seja expedido com a especificação de ser o apenado recolhido à casa de albergado ou, na falta dessa, seja-lhe assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa da documentação necessária à Vara de Execuções Penais de Imperatriz/MA, local onde reside o Paciente. Decisão unânime**. (negrito nosso).

Aliado a isso, outras medidas poderão ser adotadas pelas CJM como estabelecer tratativas com os respectivos Juízos de Execução com o fito de reservar vagas a Sentenciados pela JMU ou, ainda, a partir de problemas locais detectados, propor a celebração de termos de cooperação visando saná-los.

Nesse panorama, não me parece adequado abdicar da competência do Juízo Militar – tão combalida em razão de decisões e de interferências externas –, com fundamento em conjecturas a respeito de possível prisão em regime fechado. Até porque, caso isso ocorra, a autoridade que ordenou o recolhimento em cárcere fechado estará descumprindo determinação judicial, uma vez que o mandado de prisão, expedido pela JMU, ressalvará o regime aberto e a consequente prisão em "casa de albergado" – ou na sua falta, em prisão domiciliar –, acarretando, ao incauto agente, responsabilidades civil, administrativa e criminal.

Ainda assim, não se pode descurar que o recolhido poderá manejar o remédio heroico do Habeas Corpus para o restabelecimento do que foi determinado no mandado de prisão.

Essa compreensão também é destacada por ASSIS e por LAMAS[212], os quais advertem:

> Se o condenado é originariamente militar, e adquire a condição de civil (durante o processo, ou durante a execução), a possibilidade de suspensão condicional da pena por ocasião da sentença é o divisor de águas entre as duas jurisdições. Sendo suspensa a pena, é de se entender, na esteira do entendimento do Superior Tribunal Militar, que a fiscalização no cumprimento das condições do sursis, corre por conta do Juiz-Auditor.
>
> **Todavia, não sendo suspensa a reprimenda, transitada em julgado a decisão condenatória de pena privativa de liberdade, o condenado civil (ex-militar) terá contra si expedida a carta de guia para recolhimento ao estabelecimento prisional civil e a execução corre por conta da Vara de Execuções Penais do Estado.**
>
> **Se o Juiz-Auditor, ao invés de mandar prender o condenado e expedir carta de guia, resolve encaminhar os autos para a justiça comum, estará praticamente delegando a jurisdição penal militar, con-**

[212] ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Cláudia Rocha. *Execução da Sentença na Justiça Militar*. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 88/89.

trariando princípio nuclear da atividade jurisdicional, a qual, no magistério de Fernando Capez:

> Segue o princípio geral segundo o qual é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições. A Constituição fixa as atribuições do Poder Judiciário, de modo que nem à lei, nem aos próprios membros deste, é dado dispor de outra forma, delegando, por conveniência ou critérios próprios, suas funções a outro órgão. Não exercendo a jurisdição em nome próprio, não tem o juiz poder para dela dispor, invertendo os critérios previamente definidos. (negrito nosso).

Na mesma trilha, pertinente destacar o Parecer da PGJM, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, que, atuando como fiscal da ordem jurídica, assim também entendeu:

> O ponto fulcral do dissenso repousa na incompetência do Juízo Militar para a execução penal e expedição do mandado de prisão, na hipótese de sentença oriunda da JMU que condena em regime aberto militar excluído da corporação, por intermédio de licenciamento.
>
> (...)
>
> Nos termos dos arts. 588 e 594 do Digesto Adjetivo Penal Castrense, sobreleva assinalar que a expedição de carta de guia para o cumprimento de pena é ato de competência do Juiz Auditor da circunscrição, na qual tramitou o processo de conhecimento.
>
> Nesse prisma, sem a remessa de prévio mandado de prisão, pelo Juízo da 3ª Auditoria da 3ª CJM, não se iniciará a relação processual executória do sentenciado no Juízo de Execução Penal da Comarca de Panambi/RS.
>
> **A fixação da competência da Justiça Estadual para o controle da execução da reprimenda, *ipso facto*, apenas se ultimará quando expedido o mandado de prisão pela Justiça Militar processante e recolhido o condenado a estabelecimento da administração estadual, de acordo com as normas processuais penais e os precedentes jurisprudenciais do STM em vigor.**
>
> **No fecho, cabe elucidar que, no mandado de prisão expedido, deverá constar a admoestação de ser o apenado recolhido à casa de albergado ou, na falta dessa, em prisão domiciliar, sendo procedida a remessa da documentação à Vara de Execução Penal competente**. (negrito nosso).

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para, reformando a Decisão hostilizada, declarar a competência do Juízo Militar para a expedição do respectivo Mandado de Prisão, devendo, no entanto, constar expressamente de seu texto o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a determinação de o Sentenciado ser recolhido à "casa de albergado" ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a

remessa à Vara de Execuções Penais da documentação necessária, inclusive da "carta de guia", para a formação dos autos de execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso interposto pelo MPM, para, reformando a Decisão hostilizada, declarar a competência do Juízo Militar para a expedição do respectivo Mandado de Prisão, devendo, no entanto, constar expressamente de seu texto o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a determinação de o Sentenciado ser recolhido à "casa de albergado" ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa à Vara de Execuções Penais da documentação necessária, inclusive da Carta de Guia, para a formação dos autos de execução.

Brasília, 30 de junho de 2017 – Gen Ex Marco Antônio de Farias, Ministro-Relator.

VOTO VISTA DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Recurso em Sentido Estrito Nº 3-49.2017.7.03.0303-RS

Pedi vista dos autos, após o voto do Ministro-Relator Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, que dava provimento ao Recurso interposto pelo Órgão Ministerial para, reformando a Decisão hostilizada, declarar a competência do Juízo Militar para a expedição do respectivo Mandado de Prisão, devendo, no entanto, constar expressamente de seu texto o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a determinação de o Sentenciado ex-3º Sgt Ex JONATAN OLMIRO PAULA ser recolhido à "casa de albergado" ou, na falta desta, ou na indisponibilidade de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa à Vara de Execuções Penais da documentação necessária para a formação dos autos de execução.

O Ministro Dr. JOSÉ BARROSO FILHO negava provimento ao Recurso. Os Ministros Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, Ten Brig Ar CLEONILSON NICÁCIO SILVA, Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO e Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ aguardam o retorno de vista. Os Ministros Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS e Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI não participaram do julgamento.

Trata-se, em suma, de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, contra Decisão do Juiz-Auditor da 3ª Auditoria da

3ª Circunscrição Judiciária Militar, proferida nos autos do Processo de Execução Penal nº 3-49.2017.7.03.0203, referente ao ex-3º Sgt Ex JONATAN OLMIRO PAULA, que declinou competência em favor da Vara de Execução Penal da Comarca de Panambi/RS, local de residência do Sentenciado.

O ex-militar JONATAN OLMIRO PAULA (licenciado no curso do processo, passando, portanto, à situação de civil) foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, como incurso no art. 240, § 5º, c/c o art.70, inciso II, alínea "j", e no art. 319, c/c o art. 79, todos do CPM, sem o benefício do *sursis* e com o regime prisional inicialmente aberto.

Com o trânsito em julgado do Acórdão em 7 de dezembro de 2016 (fl. 06), foram os autos remetidos à 1ª Instância, tendo o Juiz-Auditor Substituto da 3ª Auditoria da 3ª CJM determinado a instauração do Procedimento de Execução Penal (fl. 02).

Não obstante, considerando o fato de se tratar de civil (fl. 63) sem o benefício do *sursis*, o Juiz-Auditor, em Despacho proferido em 13 de janeiro de 2017, declarou a incompetência do Juízo Militar para a execução da reprimenda e declinou da competência em favor do Juízo de Execução Penal do local de residência do Sentenciado (fls. 64/65). Assim, determinou a remessa dos autos ao Juízo de Execução de Panambi/RS, sem a expedição de Mandado de Prisão.

Inconformado com essa Decisão, o *Parquet* Militar interpôs o presente Recurso (fl. 67), alegando, em suas Razões (fls. 70/77), que a Decisão atacada contraria a Súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça e a Lei de Execução Penal, esta última em seu art. 2º, parágrafo único.

Requer, portanto, a reforma da Decisão de 1ª Instância, no sentido de firmar a competência da 3ª Auditoria da 3ª CJM para expedir mandado de prisão em desfavor do civil, bem como determinar que o controle da execução penal passe a ser da Justiça Estadual (Juízo de Execução Penal da Comarca de Panambi/RS) somente após o recolhimento do condenado a estabelecimento sujeito à Administração do Estado do Rio Grande do Sul.

Em Contrarrazões (fls. 79/87), a Defensoria Pública da União requereu a manutenção da Decisão atacada, ressaltando que ao Sentenciado foi conferido o regime inicialmente aberto para a execução da pena e, portanto, a expedição de um mandado de prisão implicaria o cumprimento da reprimenda em regime mais gravoso.

Em Juízo de Retratação, o Juiz-Auditor Substituto manteve a Decisão atacada e, considerando tratar-se de matéria de competência, atribuiu-lhe efeito suspensivo nos termos do art. 516, parágrafo único, do CPPM (fl. 88).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, manifestou-se pela procedência do Recurso, ressalvando, no entanto, que o Juiz-Auditor de-

verá registrar no Mandado de Prisão a recomendação de ser o apenado recolhido à Casa de Albergado ou, na sua falta, em prisão domiciliar, devendo tal providência preceder o encaminhamento da documentação à Vara de Execuções Penais (VEP) competente (fls. 97/100).

Feito esse relato, passo a expor as minhas conclusões.

Inicialmente, cabe-nos observar que, na prática, tem-se percebido que cada Auditoria das diversas Circunscrições Judiciárias da Justiça Militar da União tem adotado uma maneira diferente de proceder com relação ao início do processo executório, sendo que algumas expedem o Mandado de Prisão e a Guia de Recolhimento de Preso e, apenas depois, remetem os autos à Vara de Execuções da Justiça Comum. Entretanto, a maioria tem declinado de sua competência logo após o trânsito em julgado do processo.

Antes de adentrarmos no cerne da discussão, entendo ser pertinente fazer breve análise acerca do procedimento ordinário e do procedimento executório, disciplinados no Código de Processo Penal Militar.

Deflagrada uma Ação Penal Militar e, após a devida instrução do feito, tem-se o pronunciamento do Estado acerca da demanda apresentada, que ocorre com a prolação da Sentença. Com o trânsito em julgado de eventual condenação, terá início o processo executório.

Neste ponto, há alguns caminhos a seguir: em se tratando de Réu que ainda ostente o *status* de militar, se ele for condenado à pena privativa de liberdade inferior a 2 (dois) anos, em não havendo previsão de *sursis* para o caso, esta deverá ser convertida em prisão e cumprida integralmente no quartel; caso a pena seja superior a 2 (dois) anos, ela deverá ser cumprida em penitenciária militar ou, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil (art. 61 do CPM).

Em qualquer dos casos, a execução penal permanecerá a cargo do Juiz da Auditoria de onde correu o processo, ou, no caso de processos de competência originária do Superior Tribunal Militar, a seu Presidente, nos termos do art. 588 do CPPM. Assim, é o Juiz-Auditor quem realiza a audiência admonitória e quem fiscaliza o cumprimento das condições impostas na Sentença, quando aplicada a suspensão condicional da pena.

No caso de Réu civil, o trâmite do procedimento ordinário ocorre da mesma forma. No entanto, após o trânsito em julgado do processo, este é remetido à Justiça Estadual Comum, a quem compete decidir acerca de incidentes ou benefícios que possam ser concedidos ao Réu.

No entanto, o ponto de discussão e objeto do presente Recurso em Sentido Estrito cinge-se ao fato de o apenado não mais ostentar o *status* de militar, devendo ser recolhido a estabelecimento prisional civil. Embora não haja divergência no fato de que o Juiz de Execução da Justiça Estadual Comum deverá ser o competente para o acompanhamento do preso, a dúvida paira sobre a competência para se expedir o Mandado de Prisão e a consequente

Guia de Recolhimento do apenado civil, logo após o trânsito em julgado da Sentença.

Ou seja, a questão a ser discutida é se o processo deve ser remetido ao Juízo da Execução antes ou após o recolhimento do preso em estabelecimento civil e, consequentemente, se compete à Justiça Militar ou à Justiça Estadual decidir sobre a expedição do Mandado de Prisão do condenado.

A Decisão ora impugnada, que declinou da competência em favor do Juízo de Execução Penal da Comarca de Panambi/RS (fls. 64/65v), o fez tomando por base o art. 62 do CPM, art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais –, e a Súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do seguintes trecho, *in verbis:*

> (...) Pois bem, inicialmente convém destacar o disposto no artigo 62 do CPM (...).
>
> Do dispositivo, observa-se que a norma castrense determina o estabelecimento prisional civil como o local de cumprimento da pena aos condenados civis pela Justiça Militar.
>
> Portanto, em razão de o condenado apresentar atualmente a condição de civil, essa Justiça Especializada não detém competência legal para executar a reprimenda. Exsurge a Justiça Estadual com essa importante missão de cuidar da ressocialização do apenado.
>
> Sempre é bom lembrar que a execução penal a cargo da Justiça Comum Estadual, neste caso em específico do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, o condenado fará jus aos benefícios da Lei de Execução Penal. Isso, segundo se infere do verbete sumular de nº 192 do STJ e parágrafo único do art. 2º da Lei de Execução Penais (LEP), Lei nº 7.210/84.
>
> Ademais, o condenado poderá, inclusive, se preencher os requisitos legais para tanto, ter a sua pena privativa de liberdade convertida em pena restritiva de direito, pena alternativa (não contempladas no Código Penal Militar), ou sofrer a regressão de regime, nos moldes do art. 118 da LEP. (...).

O Ministério Público Militar, no entanto, amparando-se em um julgado monocrático do Superior Tribunal de Justiça, o CC nº 137.370, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, de 18 de fevereiro de 2015 (em que se discutia a competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual para a expedição de mandado de prisão no caso de Réu condenado pela Justiça Federal, mas que deveria cumprir pena em estabelecimento prisional sujeito à administração estadual), deu entendimento diverso às mesmas normas citadas pelo Juiz-Auditor, requerendo que se firmasse a competência da Justiça Militar até que o Réu fosse recolhido em estabelecimento civil, *in verbis* (fls. 70/77)*:*

> (...) Ocorre que tal remessa, antes do condenado estar recolhido à prisão, afronta a Súmula nº 192 do STJ, a qual é cristalina ao exigir o recolhimento de preso a estabelecimento prisional estadual para que a execução seja da competência da Justiça Estadual.
>
> (...)
>
> Na verdade, a Súmula apenas reforça o que a Lei de Execução Penal já estabelecia, a saber:
>
> (...)
>
> No mesmo sentido parece ser a interpretação do Código de Processo Penal Militar, o qual exige para a expedição da carta de guia a prisão do condenado, sendo tal ato de competência do Juiz-Auditor onde tramitou o processo de conhecimento.
>
> (...)
>
> No sentido de que a competência da execução da pena só pode ser remetida à Justiça Estadual após o recolhimento à prisão do condenado, destacamos decisão monocrática do STJ, no Conflito de Competência nº 137.370, da relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. (...).

Nota-se, portanto, que a discussão travada no processo circunda a intenção do legislador ao estabelecer que o feito deva ser remetido à Justiça Comum após o preso "ser recolhido a estabelecimento de administração estadual".

Importante frisar que o processo de execução do sentenciado militar, a ser acompanhado pelo Juiz-Auditor, deve ser norteado inteiramente pelo Código de Processo Penal Militar, não se podendo aplicar os dispositivos da Lei de Execução Penal – LEP.

Contudo, declinada a competência para a Justiça Comum, o procedimento executório será inteiramente regulado pela LEP, não importando se o condenado é civil ou ex-militar, pois, após o seu licenciamento, este é tido como civil, sendo regido pelo mesmo regramento e tendo direito aos mesmos benefícios, desde que atenda aos requisitos autorizadores para sua concessão.

Na situação ora analisada, trata-se de ex-militar licenciado no curso do processo ordinário, tido, portanto, como civil para efeito de execução penal. Por essa razão, conforme se verifica das normas acima colacionadas, inconteste a competência do Juízo de Execução Penal da Comarca de Panambi/RS para o processamento da execução da Sentença.

As dúvidas que pairam são as seguintes:

1) Em qual momento o processo deve ser remetido ao Juízo Comum?

2) Deve o Juiz-Auditor, logo após o trânsito em julgado da ação, declarar-se incompetente e remeter os autos ao Juiz da Execução, como fez a 3ª Auditoria da 3ª CJM?

3) Ou deve expedir o Mandado de Prisão e a Carta de Guia para, após o recolhimento do preso em estabelecimento comum, proceder à declinação de competência?

4) Mais ainda, no caso de condenado a regime prisional inicialmente aberto, como o que ora se apresenta, é despicienda a expedição de um mandado prisional?

Mister asseverar que o Código de Processo Penal Militar, ao dispor sobre a execução da pena, não faz referência direta à situação do ex-militar, mas, tão somente, ao civil ou ao militar. E isso se dá, por óbvio, pois o ex-militar é civil, não se enquadrando em categoria própria. Deve-se, portanto, estudar os regramentos disciplinadores sobre o tema, buscando fazer uma interpretação sistêmica, e não literal ou restritiva.

A interpretação sistêmica ou sistemática analisa normas jurídicas entre si, pressupondo que o ordenamento é um todo. Assim, permite escolher o significado da norma que seja coerente com o conjunto, com o fito de evitar contradições com normas superiores e com os princípios gerais do Direito.

O método sistêmico, portanto, impede que as normas jurídicas sejam interpretadas de modo isolado, exigindo que todo o conjunto seja analisado simultaneamente à interpretação de qualquer texto normativo. Assim, não podemos buscar o significado de um artigo, de uma lei ou de um código isoladamente, pois todos devem ser analisados em sintonia com a Constituição e as demais normas jurídicas.

Ademais, para demonstrar o alcance da norma legal, deve-se precisar a quais fatos ela se refere. Para isso, por vezes, é necessário que se identifiquem os fenômenos contidos nos significados de algumas palavras ou expressões, evitando-se problemas de ambiguidade ou de termos vagos e genéricos.

No caso em comento, temos os seguintes normativos no cerne da questão: Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Lei de Execução Penal e, ainda, a Súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça.

O Código Penal Militar, ao se referir à execução da pena após o trânsito em julgado, assim dispõe:

> **Pena privativa da liberdade imposta a civil**
>
> Art. 62 - O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978).

A Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP), ao se referir ao condenado pela Justiça Militar, prevê:

> Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
>
> Parágrafo único. **Esta Lei aplicar-se-á** igualmente **ao preso** provisório e ao **condenado pela Justiça** Eleitoral ou **Militar**, **quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária**. (grifos nossos).

Firmando posição sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 192, segundo a qual:

> **Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça** Federal, **Militar** ou Eleitoral, **quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual**. (grifos nossos).

Ao tratar sobre a execução de Sentença e expedição da Carta de Guia, o Código de Processo Penal Militar dispõe, *in verbis*:

> **Competência**
>
> Art. 588. A execução da sentença compete ao auditor da Auditoria por onde correu o processo, ou, nos casos de competência originária do Superior Tribunal Militar, ao seu presidente.
>
> **Carta de guia**
>
> Art. 594. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.
>
> **Formalidades**
>
> Art. 595. A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo auditor, que rubricará todas as folhas, será remetida para a execução da sentença:
>
> a) ao comandante ou autoridade correspondente da unidade ou estabelecimento militar em que tenha de ser cumprida a pena, se esta não ultrapassar de dois anos, imposta a militar ou assemelhado;
>
> b) ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena, quando superior a dois anos, imposta a militar ou assemelhado ou a civil.
>
> **Conteúdo**
>
> Art. 596. A carta de guia deverá conter:
>
> a) O nome do condenado, naturalidade, filiação, idade, estado civil, profissão, posto ou graduação;
>
> b) a data do início e da terminação da pena;
>
> c) o teor da sentença condenatória.

Início do cumprimento

> Art. 597. Expedida a carta de guia para o cumprimento da pena, se o réu estiver cumprindo outra, só depois de terminada a execução desta será aquela executada. Retificar-se-á a carta de guia sempre que sobrevenha modificação quanto ao início ou ao tempo de duração da pena. (grifos nossos).

Conforme se verifica, o Código de Processo Penal Militar é expresso ao tratar que a expedição da Carta de Guia é de competência do Juiz-Auditor, que deve encaminhá-la ao comandante da unidade, no caso de Réu militar, ou ao diretor da penitenciária, em se tratando de Réu civil.

Dessa maneira, é do Juiz-Auditor a competência para expedir o Mandado de Prisão logo em seguida ao trânsito em julgado da Sentença, como também é sua a competência para a expedição da Carta de Guia de sentenciado civil para o diretor do estabelecimento prisional.

Assim, não há que se falar em transferência de competência antes da expedição de Mandado de Prisão, por expressa vedação legal, pois as normas que regulam a temática são de extrema clareza ao indicar que somente após o recolhimento do preso ao estabelecimento civil é que se firma a competência da Vara de Execuções da Justiça Comum.

Em verdade, a competência da Justiça Comum é estabelecida justamente porque a lei proíbe que o civil cumpra pena em estabelecimento militar. Dessa maneira, considerando que a Vara de Execuções é a única competente para cuidar dos presos recolhidos ao estabelecimento prisional de administração estadual, não resta alternativa que não seja a declinação da competência da Justiça Militar da União para a Justiça Estadual, devendo-se traçar, no entanto, o exato momento para que isso ocorra.

Conforme se verifica do texto da legislação colacionada anteriormente, que deve ser interpretada de maneira sistêmica, inclusive pela falta de previsão com relação à execução penal do condenado ex-militar, apenas depois do recolhimento do preso ao estabelecimento civil é que os autos devem ser remetidos à Vara de Execução.

Assim, não se pode simplesmente declinar da competência à Justiça Comum, para que esta assuma a execução da pena, sem que antes se providencie o recolhimento do preso ao estabelecimento prisional estadual, conforme expressa previsão legal.

Nesse mote, verifica-se que a atuação do Juiz-Auditor apenas se encerra, no caso do civil, após a efetiva prisão do condenado, configurando-se o Mandado de Prisão como o último ato afeto à Justiça Militar, sendo o recolhimento do preso o marco para o início da execução e a transferência da competência para a Justiça Estadual, nos exatos termos do art. 594 e seguintes do CPPM, e do enunciado da Súmula 192 do STJ.

Nesse sentido é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. GUIA DE RECOLHIMENTO EXPEDIDA SEM PRÉVIO MANDADO DE PRISÃO PARA COMARCA DIVERSA. ART. 65 DA LEI Nº 7.210/84. 1. **A expedição de guia de recolhimento do Juízo da condenação para Juízo de comarca diversa somente poderá ocorrer após envio de prévio mandado de prisão, uma vez que a competência do Juízo das Execuções de comarca diferente da do Juízo da condenação só se firmará após a devida determinação e concretização da prisão do réu. Antes disso, não há qualquer relação processual de âmbito executório do sentenciado com o Estado diverso do Estado da condenação.** 2. Até a devida determinação e concretização de prisão do réu, não há jurisdição do Juízo de Execuções de Comarca diversa da comarca da condenação, por não haver iniciado qualquer relação processual de âmbito executório com o sentenciado em outro Estado. 3. Após a prisão do condenado e expedição da guia de recolhimento a Juízo de comarca diversa da comarca da condenação, é que este poderá providenciar o necessário para a remoção do sentenciado para cumprimento de sua pena no Estado de condenação/vínculo ou para o cumprimento da reprimenda no Estado no qual, eventualmente, reside com sua família. 3. Na hipótese, foi expedida guia de recolhimento do sentenciado pelo Juízo do Paraná (juízo sentenciante), sem que o acusado fosse efetivamente preso e sem comprovação da declaração do réu no processo de que residia em São Paulo/SP, o que é insuficiente para transferir a competência da execução da pena para o Juízo da Comarca de São Paulo. 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR, o suscitado. (CC 119.753/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Terceira Seção, julgado em 8/5/2013, publicado em 15/5/2013). (grifos nossos).

Ainda:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR FORMULADO PERANTE JUÍZO DE CONHECIMENTO. ENCERRAMENTO DA JURISDIÇÃO. PRECLUSÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. PACIENTE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NÃO RECOLHIMENTO À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO INCONDICIONADA À PRISÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Com a superveniência do trânsito em julgado em relação à condenação, fica encerrada a pres-

tação jurisdicional do juízo de conhecimento, não cabendo sua manifestação nos autos a respeito do cabimento de cumprimento da pena em prisão domiciliar. Precedentes. 3**. Nos termos dos art. 105 da Lei nº 7.210/84 e art 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento – e consequente início da competência do juízo das execuções – demanda prévia prisão do réu.** 4. Hipótese, entretanto, de circunstância excepcional, na qual a paciente encontra-se impossibilitada de formular seu pleito de cumprimento da pena em prisão domiciliar por encontrar-se em local incerto e não sabido. 5. Nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. No mesmo sentido, o art. 8º, item I, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica dispõe que toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. 6. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por questões humanitárias, admitem, excepcionalmente, a prisão domiciliar a condenados que estejam submetidos a pena em regime diverso do aberto, observadas as peculiaridades do caso concreto. *In casu*, a paciente estava grávida e, atualmente, a criança têm meses de vida (amamentação), além de ser mãe de mais duas crianças menores de 12 anos. O exame de seu pleito é, portanto, urgente. 7. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna" (HC 94163, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe de 23/10/2009). 8. Em suma, sendo, na hipótese específica dos autos, o prévio recolhimento à prisão condição excessivamente gravosa a obstar o mero pleito dos benefícios da execução, devida a expedição da guia de execução independentemente do cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF e do STJ. 9. Habeas Corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independente do prévio recolhimento da paciente ao cárcere, de modo que a defesa possa formular perante o juízo das execuções o pedido de concessão da prisão domiciliar. (HC 366.616/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/4/2017, publicado em 5/5/2017). (grifos nossos).

Da mesma maneira:

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. 1. JUÍZO FEDERAL X TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL.

CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO JUÍZO FEDERAL. CUMPRIMENTO EM ESTABELECIMENTO ESTADUAL. SÚMULA 192/STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA ANALISAR INCIDENTES DA EXECUÇÃO. 2. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS PELO STJ. DETERMINAÇÃO AO JUÍZO DE ORIGEM PARA ANÁLISE DO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. JUÍZO FEDERAL QUE INDEFERE. TRÂNSITO EM JULGADO. 3. INSURGÊNCIA PERANTE A JUSTIÇA ESTADUAL. CONCESSÃO DA ORDEM PELO TRIBUNAL ESTADUAL. APLICAÇÃO DO VERBETE 611/STF. DEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO. DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO A ESTABELECIMENTO ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA VARA DAS EXECUÇÕES ESTADUAL ESVAÍDA. 4. RETORNO AO JUÍZO FEDERAL PARA APLICAR PENAS RESTRITIVAS. CONFLITO ESTABELECIDO ENTRE JUÍZO FEDERAL – QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO – E TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL – QUE DEFERIU. 5. INÍCIO DA COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÃO ESTADUAL. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO. TÍTULO EXECUTIVO CUJA COMPETÊNCIA É DO JUÍZO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA CONDENAÇÃO PELO JUÍZO ESTADUAL. TRANSFERÊNCIA DE COMPETÊNCIA QUE SE LIMITA AOS INCIDENTES DA EXECUÇÃO. 6. COMANDO DO STJ DIRIGIDO EXPRESSAMENTE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. 7. CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL, O SUSCITANTE, DETERMINANDO-SE O CUMPRIMENTO DA GUIA DE EXECUÇÃO JÁ EXPEDIDA PELO JUÍZO COMPETENTE. **1. Compete ao Juízo das Execuções estadual a solução de incidentes da execução daquele que, não obstante esteja condenado pela Justiça Federal, encontra-se recolhido em estabelecimento sujeito à administração estadual, conforme disciplina o enunciado n. 192 da Súmula desta Corte.** 2. Sobrevindo concessão de ordem em habeas corpus – o qual se insurgia contra édito condenatório proferido pelo Juízo Federal e mantido pelo Tribunal Regional Federal – para determinar ao Juízo de primeiro grau a análise da possibilidade de substituição da pena, cabe ao Juízo de conhecimento referida análise, a qual efetivamente ocorreu, negando-se o benefício por meio de decisão que transitou em julgado sem recurso das partes. 3. Não obstante a questão já ter sido solucionada na esfera federal, a parte se insurgiu perante a Justiça estadual, tendo o Tribunal de Justiça local, com fundamento no verbete 611/STF, deferido a substituição. Esvaiu-se, assim, a competência da Vara de Execuções Estadual, ante a desnecessidade de estabelecimento estadual para cumprimento da pena substituída. 4. Com o retorno dos autos ao Juízo federal para cumprir determinação do Tribunal de Justiça estadual, a qual se contrapõe a decisão irrecorrível por ele já proferida, suscitou-se o presente conflito. **5. A competência da Vara das Execuções Estadual só se inaugura com a expedição de guia de recolhimento pelo Juízo Federal competente, limitando-se, outrossim, aos incidentes da execução. A Justiça Estadual não tem competência para alterar o título executivo proferido em processo de competência da Justiça Federal, ainda que já tenha havido o trânsito em julgado. Incompetência absoluta do Tribunal de Justiça estadual para avaliar o cabimento da subs-**

> **tituição da pena, nos moldes do que determinado por esta Corte em *writ*.** 6. Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Pará/PA para avaliar o cabimento da substituição da pena. Já tendo havido a devida manifestação, inclusive com expedição de nova guia de execução, impõe-se cassar o acórdão do Tribunal de Justiça do Pará que deferiu a substituição da pena e determinar o cumprimento da guia de execução já expedida pelo Juízo competente. (CC 113.690/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, julgado em 26/3/2014, publicado em 2/4/2014). (grifos nossos).

Verifica-se, portanto, que até determinação e efetiva concretização da prisão do condenado, não há que se falar em jurisdição do Juízo de Execuções Estadual, pois não houve o início de qualquer relação processual em âmbito executório com a Justiça Comum.

Assim, deve a Justiça Militar se desincumbir de efetuar a prisão do apenado para, apenas depois, remeter os autos ao Juízo de Execução, pois somente com o recolhimento do Réu a estabelecimento prisional de administração estadual é que se há de falar em competência da Vara de Execuções, sendo que a Carta de Guia ou Carta de Recolhimento é o documento que dá início ao vínculo executório da Justiça Comum com o preso condenado pela Justiça Militar.

No caso em concreto, o Réu JONATAN OLMIRO PAULA foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, ao regime inicialmente aberto.

Segundo estabelece o Código Penal, ao condenado a uma pena superior a 8 (oito) anos de reclusão ser-lhe-á imposto, como regime inicial, o fechado; para o condenado a uma pena superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito), o regime semiaberto, desde que não seja reincidente. Por fim, a um condenado a uma pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não reincidente, aplica-se o regime aberto.

Nos termos do art. 33, § 1º, alínea "c", e § 2º, alínea "c", ambos do Código Penal comum, aplicado subsidiariamente, deve ser recolhido à Casa do Albergado, *in verbis:*

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
>
> § 1º - Considera-se:
>
> (...)
>
> c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Regras do regime aberto

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (grifo nosso).

Com relação à Casa do Albergado, a Lei de Execuções Penais estabelece:

Da Casa do Albergado

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados. (grifo nosso).

Acerca do cumprimento da pena em regime aberto, a LEP impõe:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Entretanto, é de conhecimento geral que, bastante divergente das regras estabelecidas pela Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais – LEP), a estrutura de nosso sistema carcerário beira ao caos, não se logrando êxito aplicar as determinações para o fiel e justo cumprimento da pena imposta ao condenado.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), divulgado em julho de 2014 pelo *site* Portal Brasil (www.brasil.gov.br)[213], o Estado Brasileiro possui 1.478 (mil quatrocentos e setenta e oito) estabelecimentos penais públicos, unidades administradas pelo Poder Executivo, com a finalidade de custódia de sentenciados, mediante determinação do Poder Judiciário.

O Brasil possui cerca de 584 (quinhentos e oitenta e quatro) mil homens e mulheres presos, sendo que esses cidadãos podem ser presos provisórios, condenados, ou, ainda, podem estar submetidos a medidas de segurança, sendo que o histórico e tipo de condenação dessas pessoas é que determinam onde ela deve ser alojada.

Desses estabelecimentos penais, em torno de 821 (oitocentos e vinte e um) são **Cadeias Públicas**, destinadas ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório.

Cerca de 470 (quatrocentos e setenta) são **Penitenciárias,** estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à **pena privativa de liberdade em regime fechado**, sendo 417 (quatrocentos e dezessete) masculinas e 53 (cinquenta e três) femininas. Essas unidades podem ser de segurança máxima especial, que consistem em estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas com condenação em regime fechado, dotados, exclusivamente, de celas individuais; ou de segurança média ou máxima, que são estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas.

Existem, ainda, 74 (setenta e quatro) **Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares**, sendo apenas 4 (quatro) para mulheres e 70 (setenta) para homens. São estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas que cumprem pena em **regime semiaberto**. Entre as suas funções, a principal é promover a reintegração social dos presos por meio da profissionalização e da educação.

Já os estabelecimentos conhecidos como **Casas do Albergado** são destinados a abrigar pessoas que cumprem **pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana**. Há 57 (cinquenta e sete) casas do albergado masculinas e 7 (sete) femininas em todo o País, totalizando

---

[213] Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/brasil-possui-1478-estabelecimentos-penais-publicos>. Acesso em: 30 jun. 2017.

64 (sessenta e quatro) unidades. Elas recebem o condenado que estiver trabalhando ou que comprove a possibilidade de fazê-lo e, quando apresentar, pelos antecedentes ou pelo resultado de exame a que foi submetido, condições de ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao trabalho fora do estabelecimento penal e sem vigilância.

Os **Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico** servem para abrigar pessoas submetidas a medidas de seguranças. Existem no Brasil 33 (trinta e três) hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, sendo 5 (cinco) para mulheres e 28 (vinte o oito) para homens. Nessas localidades, periodicamente, realizam-se os exames psiquiátricos para o acompanhamento dos internados (inimputáveis ou semi-imputáveis). Elas podem também abrigar aqueles que estão sujeitos ao tratamento ambulatorial, embora não se equipare à internação.

Por fim, os **Patronatos** são estabelecimentos destinados a prestar assistência aos albergados e aos egressos, imbuídos no propósito de orientar os condenados à pena restritiva de direitos. São 16 (dezesseis) em todo o Brasil, sendo apenas um para o público feminino. Eles têm o papel de fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana, assim como colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

Conforme visto, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, conforme dispõe o artigo 36 do Código Penal comum, devendo a pena ser cumprida na Casa do Albergado, cujo estabelecimento necessita se localizar em um centro urbano, separado de outros prédios, não podendo conter obstáculos físicos à fuga (art. 94 da LEP).

É necessário, ainda, que cada região tenha ao menos uma Casa do Albergado, a qual deverá conter aposentos para os presos, além de local adequado para serem ministrados cursos e palestras (art. 95 da LEP).

Em observância ao art. 117 da LEP, verifica-se que apenas o condenado maior de 70 (setenta) anos, o condenado acometido de doença grave e a condenada gestante com filho menor ou deficiente físico/mental é que podem ser recolhidos a regime aberto em residência particular. Ora, então como proceder com os demais casos, que não podem ficar em prisão domiciliar, mas também não podem ser recolhidos à Casa do Albergado por ausência de vagas ou por estas não oferecerem as mínimas condições dignas para alojamento de um ser humano?

Diversas têm sido as decisões judiciais sobre a questão, mas unânime é a não aceitação de que o condenado cumpra pena em regime mais gravoso em função de falha no sistema prisional brasileiro. Dessa forma, a grande maioria das decisões é no sentido de permitir que o preso cumpra sua pena em regime domiciliar, mas isso não implica dizer que ele foi desonerado das demais obrigações legais e judiciais que lhe foram impostas.

O Supremo Tribunal Federal, em processo de repercussão geral julgado em 11 de maio de 2016 (RE 641320/RS), de relatoria do E. Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, proferiu uma emblemática decisão que analisa a hipótese de inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime do condenado. No caso, estabeleceu a responsabilidade dos juízes da execução na avaliação dos locais de encarceramento, fazendo, inclusive, apelo ao legislador para que melhor analise o regramento da execução penal, na tentativa de tornar a lei mais próxima à realidade do sistema prisional brasileiro:

> Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. **2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes.** São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. **Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.** 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos;

> (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. 6. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do FUNPEN; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. 7. Estabelecimento de interpretação conforme a Constituição para (a) excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar 79/94; b) estabelecer que a utilização de recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 79/94. 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, sejam observados (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto. (STF. RE 641320, Relator Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/5/2016, publicado DJe 1º/8/2016). (grifos nossos).

Esse julgado, inclusive, foi o responsável pela edição da **Súmula Vinculante nº 56, do Supremo Tribunal Federal:**

> **Súmula Vinculante 56**
>
> A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Atento às recorrentes falhas do sistema penitenciário brasileiro, é imprescindível que o julgador busque, em suas decisões, nortear-se pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Individualização da Pena, da Proporcionalidade e Razoabilidade (que devem se ater, inclusive, ao caráter punitivo e educativo da pena).

Nessas condições, entendo que no texto do respectivo Mandado de Prisão, a ser expedido pelo Juiz-Auditor, deve constar expressamente o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a determinação para que o sentenciado civil seja recolhido à "Casa de Albergado" ou, na falta desta, ou na indisponibilidade de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, evitando, assim, que o condenado seja preso em regime mais gravoso.

Ao julgar essa mesma temática, em diversas vezes o Superior Tribunal Militar expôs a mesma interpretação:

> HABEAS CORPUS. CIVIL. CONDENADO NA JUSTIÇA MILITAR. PENA SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS. ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PREVISÃO NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DAS PECULIARIDADES DO CONDENADO. **Embora a decretação da prisão seja um formalismo previsto no Código de Processo Penal Militar e na Lei de Execuções Penais, como meio necessário para a expedição da carta de guia, é imprescindível uma análise das peculiaridades do condenado, sob pena de se violar direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados para o cumprimento da pena. A efetivação da prisão para o seu encaminhamento ao estabelecimento prisional adequado, a fim de que tome ciência das condições estabelecidas, pode demorar dias, ainda mais quando considerada a morosidade decorrente do grande número de sentenciados a cargo dos órgãos de execução penal nos Estados**. Além de assegurado ao Paciente o regime aberto para o início do cumprimento da pena, trata-se de Policial Rodoviário Federal no exercício pleno do cargo, não havendo nenhum motivo que enseje a sua prisão tão só para se deflagrar o processo executório. Tal medida poderia trazer considerados prejuízos à sua rotina de trabalho, pois não se sabe quantos dias ficaria preso à disposição da autoridade judiciária local. **Concedida a ordem para ratificar a liminar que determinou o recolhimento do mandado de prisão, a fim de que outro seja expedido com a especificação de ser o apenado recolhido à casa de albergado ou, na falta dessa, seja-lhe assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa da documentação necessária à Vara de Execuções Penais de Imperatriz/MA, local onde reside o Paciente**. Decisão unânime. (STM - HC 170-28.2013.7.00.0000/RJ – Relator Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS – Decisão em 22/10/2013 – Publicação em 7/11/2013). (grifos nossos).

Ainda:

> HABEAS CORPUS. CIVIL. CONDENAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR. PENA SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS. ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. PREVISÃO NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. **A efetivação da prisão do sentenciado com o seu encaminhamento ao estabelecimento prisional adequado, a fim de que tome ciência das condições esta-**

> **belecidas, pode demorar dias. O Paciente preenche, de imediato, as condições para o enquadramento no regime aberto, não havendo nenhum motivo que enseje sua prisão tão somente para o início do processo executório. Tal medida poderia lhe trazer considerados prejuízos. A prisão do paciente, ainda que fundamentada na necessidade de se cumprir o formalismo legal, consolida a imposição de regime prisional mais gravoso, o que é incompatível com os preceitos do Estado Democrático de Direito e com os critérios de individualização da pena. Concedida a ordem para ratificar a liminar que determinou o recolhimento do mandado de prisão, a fim de que outro seja expedido com a especificação de ser o apenado recolhido à casa de albergado ou, na falta dessa, seja-lhe assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa da documentação necessária à Vara de Execução Penal competente**. No que tange à retirada da pena acessória de exclusão das Forças Armadas imposta, em segundo grau, no Acórdão proferido pelo Egrégio Superior Tribunal Militar, a matéria já foi amplamente debatida em sede de Apelação, mediante a oposição de Embargos Infringentes e de Declaração, sem êxito, não cabendo conhecer da matéria, na via estreita do Habeas Corpus. A Constituição Federal estabelece, no art. 102, inciso i, alínea *i*, que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar os Habeas Corpus em que a autoridade coatora for Tribunal Superior, pelo que falece competência a esta Corte Castrense para julgar o *writ* impetrado contra seus próprios atos, pelo que o remédio constitucional, nessa parte, não deve ser conhecido. Decisão unânime. (STM - HC: 00002132820147000000 RJ, Relator Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, Data de Julgamento: 19/2/2015, Data de Publicação: 15/5/2015). (grifos nossos).

Interessante notar que o voto supra, de relatoria do E. Ministro Dr. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, foi usado como precedente tanto no recurso apresentado pelo Ministério Público Militar quanto nas Contrarrazões apresentadas pela Defesa, tendo cada uma das partes destacado os trechos pertinentes às teses pela parte defendidas.

No entanto, é fato que, no paradigma acima, esta Corte entendeu que a efetivação da prisão não era necessária para o início do processo executório porque o Réu havia sido condenado a regime aberto de cumprimento de pena, assim como no caso que ora se apresenta, razão pela qual se determinou a expedição de mandado de prisão "com a especificação de ser o apenado recolhido à casa de albergado ou, na falta dessa, seja-lhe assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa da documentação necessária à Vara de Execução Penal competente".

Assim, considerando todos os pontos analisados, concluo que, no caso de sentenciado civil, a atuação do Juiz-Auditor se encerra com a expedição da Carta de Guia, nos moldes determinado pelo art. 594 e seguintes do CPPM, que deve, logo em seguida, declinar da competência do processo executório à Justiça Comum Estadual, atendendo, inclusive, ao enunciado da Súmula 192 do STJ.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, para acompanhar o Eminente Ministro-Relator, que dá provimento ao Recurso interposto pelo Órgão Ministerial e, reformando a Decisão hostilizada, declara a competência do Juízo Militar para a expedição do respectivo Mandado de Prisão, devendo, no entanto, constar expressamente de seu texto o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a determinação para que o Sentenciado civil JONATAN OLMIRO PAULA seja recolhido à "Casa de Albergado" ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, que lhe seja assegurado o recolhimento em prisão domiciliar, providenciando a remessa à Vara de Execuções Penais da documentação necessária, inclusive da Carta de Guia, para a formação dos autos de execução.

É como voto.

Superior Tribunal Militar, 30 de junho de 2017.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO
Recurso em Sentido Estrito Nº 3-49.2017.7.03.0303-RS

Na ocasião do julgamento, divergi de meus eminentes pares porque votei pelo desprovimento do recurso e, consequentemente, pela mantença da Decisão proferida nos autos do Processo de Execução Penal nº 3-49.2017.7.03.0303, que determinou a remessa dos referidos autos à Vara de Execuções Penais da Justiça Comum, para a expedição do Mandado de Prisão em desfavor do ex-3º Sgt Ex Jonatan Olmiro Paulo, pelas razões expostas a seguir.

A regra do art. 62 do CPM preceitua que o Civil, condenado pela Justiça Militar da União, cumprirá pena em estabelecimento prisional civil, ficando sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, bem como aos seus benefícios e concessões.

A legislação penal comum que trata da execução penal é a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Em seu art. 105, dispõe, *in verbis:*

> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Esclarece, ainda, qual é o juízo competente e suas atribuições, na forma dos arts. 65 e 66*, in verbis*:

> Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

> Art. 66. Compete ao Juiz da Execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

Logo, depreende-se que a execução da pena imposta ao Sentenciado civil, condenado pela Justiça Militar da União, será de competência daquele Juízo no qual se deu a condenação, ou estabelecido pela lei de organização judiciária local.

Entre outras atribuições, ao juízo de execução competem todos os incidentes de execução penal.

Nesse sentido, a Súmula nº 192 do STJ traz o seguinte:

> Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas **a sentenciados pela Justiça Federal Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.** (grifo nosso).

No entanto, em se tratando de "**transferência** de competência", imposta em lei, já que o Sentenciado civil não cumpre pena em estabelecimento prisional militar, conforme a norma já mencionada, a autoridade judiciária deverá expedir o mandado de prisão para que se procedam as formalidades legais.

A interpretação da Lei pressupõe que o Civil já esteja recolhido em algum estabelecimento prisional, submetido ao Estado do Rio Grande do Sul. Com tal redação, a norma faz uma ressalva de que haja um ato jurisdicional da Justiça, da qual proveio a condenação. **No presente caso, inexistiu o cumprimento de tal exigência da lei**.

A Lei de Execução Penal (LEP), no seu art. 105 e seguinte, pressupõe a expedição de guia de recolhimento para a execução, com todas as suas formalidades.

Ao contrário, o Juiz-Auditor determinou a remessa dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS, sem qualquer menção à expedição do respectivo mandado de prisão, para fins de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta pelo STM.

O regime aberto, segundo o Código Penal comum, no seu art. 33, § 2º, alínea *c*, aplica-se ao condenado não reincidente a uma pena inferior a quatro anos de reclusão.

Segundo o art. 93 da LEP, o Sentenciado ao qual foi imposto regime aberto deve cumprir a pena privativa de liberdade em casa de albergado, observando-se as instalações físicas previstas na referida Lei.

Entende-se que ao magistrado desta Justiça Militar compete expedir o mandado de prisão, em reverência ao preconizado em lei, observando-se o Acórdão condenatório – regime aberto –, sob pena de incidir em imposição de regime mais gravoso, o que afrontaria os preceitos do Estado Democrático de Direito e os critérios de individualização da pena.

No caso de inexistência de instalações adequadas para a respectiva execução, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cumprimento sob o regime de prisão domiciliar, que também se acolhe no presente feito.

No entanto, fazer uma exegese contrária aos fundamentos aqui expostos, conforme asseverou o nobre magistrado, que manteve a sua Decisão, *ex vi* do art. 520 do CPPM, também é uma hipótese a ser considerada e encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Conflito de Competência, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *in verbis*:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. CIVIL APENADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REGIME ABERTO. COMPETÊNCIA DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 192 DO STJ.
>
> 1. É competente o Juízo das Execuções Penais do Estado para a execução da pena imposta pela Justiça Militar, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual (súmula 192 STJ).
>
> 2. Considerando que o condenado ao cumprimento de pena em regime aberto tem o *status* jurídico de preso, não importa que o condenado não esteja efetivamente recolhido em um estabelecimento penal de administração estadual. Inteligência dos artigos 36, § 1º, do Código Penal, e 118 da Lei 7.210/84.
>
> 3. Conflito negativo conhecido para declarar competente o juízo das execuções penais do Estado do Rio de Janeiro. (Conflito de Competência nº 85.589/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção. Unânime. Julgado em 22/8/2007).

Por outro lado, embora seja legítimo o argumento de que o condenado, ao cumprimento de pena em regime aberto, possui o *status* jurídico de preso, pode vir a sofrer qualquer mudança de regime, caso venha a descumprir as condições a ele impostas na execução.

Todavia, no presente caso, conforme ressalta a jurisprudência mencionada, tratando-se de incidente da execução penal, inexistem dúvidas quanto à competência do Juiz da Vara de Execuções Penais, *in casu,* da Comarca de Lajeado/RS.

O que se tem em debate é a quem compete a atribuição quanto ao recolhimento inicial do Sentenciado em casa de albergado, ou, no caso de sua impossibilidade, em prisão domiciliar.

Nesse sentido, a experiência no tocante à implementação da execução dos julgados tem mostrado que os sentenciados, condenados ao regime aberto, acabam sendo recolhidos ao cárcere, por algum tempo, em razão dos desen-

contros relativos aos procedimentos administrativos para dar cumprimento às Sentenças.

Tal situação não pode remanescer, uma vez que, mesmo por um dia, a prisão torna-se um sofrimento incrível para aquele que teve a sua liberdade assegurada por uma Sentença.

Consoante o mesmo entendimento, traz-se à colação precedente desta Colenda Corte, cujo fragmento se transcreve, *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. RÉ CIVIL. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. SÚMULA 192. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO DA PENA. VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. MANDADO DE PRISÃO. EXPEDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AFRONTA. CONCESSÃO DA ORDEM.
>
> A condenação ao regime aberto, por impor pena privativa de liberdade, não exclui a expedição do mandado de prisão (STJ, RHC 11160). **No entanto, o problema exsurge no âmbito da Justiça Militar em relação aos civis que cumprirão a citada reprimenda em estabelecimento prisional comum, ficando sujeitos à legislação penal ordinária, *ex vi* o art. 62 do CPM.**
>
> **Tratando-se de penalidade a ser executada em regime aberto, a prisão, por um dia sequer, em regime fechado é medida que afronta os direitos fundamentais e a coisa julgada, porquanto a apenada tem direito a trabalhar, saindo da casa do albergado durante o dia inteiro e recolhendo-se à noite.**
>
> Ordem concedida. Decisão unânime. (HC nº 95-86.2013. 7.00.0000/RJ. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em 11/6/2013) (grifo nosso).

Outro precedente similar: HC nº 213-28.2014.7.00.0000/RJ. Rel. Min. Olympio Pereira da Silva Junior. Julgado em 19/2/2015. Unânime.

A realidade do sistema carcerário no País é bem diversa daquela prevista na *mens legis*. Segundo os fundamentos apontados pelo e. Min. Artur Vidigal, em seu voto de vista, existem 57 (cinquenta e sete) casas de albergado masculinas e 7 (sete) femininas em todo o território nacional, num total de somente 64 (sessenta e quatro) unidades.

Tais unidades se destinam a receber, *in verbis:*

> (...) o condenado que estiver trabalhando ou que comprove a possibilidade de fazê-lo e, quando apresentar pelos antecedentes ou pelo resultado de exame a que foi submetido, condições de ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao trabalho fora do estabelecimento penal e sem vigilância. (Voto vista Min. Artur Vidigal nos autos do presente Recurso em Sentido Estrito).

Segundo os arts. 94 e 95, ambos da LEP, impõe-se que cada região tenha ao menos uma Casa do Albergado, com aposentos dignos aos presos, localizado em um centro urbano, separado de outros prédios, não podendo conter obstáculos físicos à fuga, além de instalações compatíveis para o oferecimento de cursos e de palestras.

Diante da dificuldade em se encontrar uma Casa de Albergado que preencha as mínimas condições ou se contiver, que ofereça vagas, várias são as decisões judiciais no sentido de permitir ao preso condenado em regime aberto que cumpra tal reprimenda em regime domiciliar.

Como se depreende, em nenhum momento, pode ser imposto ao Réu um regime prisional mais gravoso àquele a que foi submetido.

Ante o exposto, votei pelo desprovimento do recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para manter na íntegra a Decisão hostilizada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 30 de junho de 2017.

Dr. José Barroso Filho

Ministro do STM

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 93-03.2016.7.03.0203-RS

Relator: Min. Dr. José Barroso Filho.

Recorrente: O Ministério Público Militar.

Recorrido: A Decisão do MM. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 15/6/2016, proferida no Processo de Execução Penal nº 93-03.2016.7.03.0203, referente a Maurício Ouriques de Souza, ex-Sd Ex, que determinou a remessa dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSO DE EXECUÇÃO. INSTAURAÇÃO. CONDENAÇÃO DO RÉU COMO INCURSO NO ART. 303, § 2º, C/C O ART. 30, INCISO II, AMBOS DO CPM, COM O REGIME PRISIONAL INICIAL ABERTO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. JUÍZO DE EXECUÇÃO. REMESSA DOS AUTOS À VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DA COMARCA DE LAJEADO/RS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO EM RETRATAÇÃO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

A perda da condição de militar do Réu transfere a competência da execução da reprimenda para a Justiça Comum, conforme preceitua o art. 62 do CPM, ficando sob a égide da Lei de Execução Penal (LEP).

O art. 105 da LEP pressupõe a expedição de guia de recolhimento para a execução, com todas as formalidades. Dessa forma, a interpretação da norma prescinde que o Réu já esteja recolhido em algum estabelecimento prisional, submetido, *in casu*, ao Estado do Rio Grande do Sul.

O Juízo de Execução inicial, ao contrário, determinou a remessa dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS, sem qualquer menção à expedição do respectivo mandado de prisão, para fins de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta.

O que se tem em debate é a quem compete a atribuição ao recolhimento inicial do Sentenciado em casa de albergado, ou, no caso de sua impossibilidade, em prisão domiciliar.

Exsurge que a expedição de um mandado de restrição de liberdade implicaria a imposição de regime mais gravoso ao Réu, o que afrontaria os preceitos do Estado Democrático de Direito e os critérios da individualização da pena.

A experiência no tocante à implementação da execução dos julgados tem mostrado que os sentenciados, condenados ao regime aberto, acabam sendo recolhidos ao cárcere, por algum tempo, em razão dos desencontros relativos aos procedimentos adminis-

trativos para dar cumprimento às Sentenças, o que não é razoável, uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais.

Negado provimento ao Recurso.

Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para manter na íntegra a Decisão hostilizada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, e o Defensor Público Federal de Categoria Especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 5ª Sessão, 9/2/2017).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Órgão Ministerial contra a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 15 de junho de 2016, proferida nos autos do Processo de Execução Penal (PEP) nº 93-03.2016.7.03.0203, relativo a Maurício Ouriques de Souza, ex-Sd Ex, ordenando o envio dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS.

Mediante Despacho proferido em 30 de agosto de 2016, foi determinada a remessa dos presentes autos ao Juízo de origem, para fins do previsto no art. 520 do CPPM (fl. 202). A disposição legal foi atendida conforme a Decisão do Juiz-Auditor, proferida em 17 de outubro de 2016 (fls. 209/210).

Após as intimações, os autos foram devolvidos a esta Corte por intermédio do Ofício nº 1185/16, protocolado nesta Secretaria em 16 de novembro de 2016 (fl. 216).

O Sentenciado foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, § 2º, c/c o art. 72, inciso I, ambos do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em sede recursal, o Plenário desta Corte rejeitou as preliminares suscitadas pela Defesa; por maioria, deu provimento parcial ao Apelo defensivo para condenar o Réu à pena definitiva de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 303, § 2º, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM, com o regime inicial aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP; com o direito de recorrer em liberdade e sem o benefício do *sursis*, *ex vi* do inciso I do art. 84 da CPM (fls. 97/125).

Os Ministros do STM, por maioria, rejeitaram os Embargos Infringentes do Julgado opostos, para manter a condenação do Recorrente nos termos do acórdão proferido em sede de Apelação (fls. 136/145).

O trânsito em julgado da Decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário *in* Apelação nº 106-07.2013.7.03.0203/RS operou-se em 19 de maio de 2016 (fl. 93).

Em 15 de junho de 2016, foi determinada a instauração de Processo de Execução de Sentença pelo Juiz-Auditor, bem como a remessa dos respectivos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS, tendo em vista que o Sentenciado não ostentava mais a qualidade de militar (fl. 157).

Intimado em 17 de junho de 2016, o Representante do MPM interpôs, tempestivamente, Recurso em Sentido Estrito contra a Decisão proferida (fls. 158/159).

O Órgão Ministerial postulou a reforma da Decisão para que seja firmada a competência da 2ª Auditoria da 3ª CJM e expedido mandado de prisão em desfavor do Sentenciado; devendo ser conferida competência à Justiça Estadual somente por ocasião do recolhimento do condenado a estabelecimento prisional sujeito à administração estadual.

Ao final, prequestiona a matéria constitucional envolvida, para efeitos de um eventual recurso extraordinário (fls. 160/168).

O recurso foi recebido, conforme Despacho proferido à fl. 169. Ao ser dada vista à Defesa, esta opôs embargos de declaração, com efeitos infringentes, diante da omissão quanto a não apreciação da concessão do *sursis*, por parte da autoridade judiciária (fls. 171/172).

O MPM postulou o não conhecimento do recurso, diante da impossibilidade jurídica do pedido (fls. 175/176).

O recurso foi conhecido pelo Juiz-Auditor, mas rejeitado integralmente no mérito, por ausência de omissão a ser sanada (fls. 178/179).

Em contrarrazões ao recurso em sentido estrito, a DPU postulou o seu provimento parcial, arguindo a expedição de mandado de prisão ou extração de carta guia pelo Juízo a *quo*, mas com a ressalva de que seja consignado, no documento, o regime aberto e a prisão domiciliar a que deve ser submetido o Réu (fls. 183/187).

Em juízo de retratação, o Juiz-Auditor manteve a Decisão proferida anteriormente (fls. 209/210).

Instada a opinar, a PGJM, em parecer da lavra do Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 195/199).

É o Relatório.

VOTO

O presente recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos processuais exigidos em lei, portanto, deve ser admitido. **Quanto ao mérito, impõe-se negar provimento, pelas razões aduzidas a seguir.**

A condenação de Maurício Ouriques de Souza, ex-Sd Ex, à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 303, § 2º, c/c o art. 30, inciso II, ambos do CPM, com o regime prisional inicialmente aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 106-07.2013.7.03.0203/RS, transitou em julgado em 19 de maio de 2016.

O Juiz-Auditor, em Despacho proferido a 15 de junho de 2016, entendeu que o Juízo competente para adotar todas as medidas cabíveis referentes à execução definitiva da pena era a Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS, em razão de o Sentenciado não ostentar mais a condição de militar federal.

A regra do art. 62 do CPM preceitua que o Civil, condenado pela Justiça Militar da União, cumprirá pena em estabelecimento prisional civil, ficando sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, bem como aos seus benefícios e concessões.

A legislação penal comum que trata da execução penal é a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Em seu art. 105, dispõe que, *in verbis:*

> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Esclarece ainda qual é o juízo competente e as suas atribuições, na forma dos arts. 65 e 66*, in verbis*:

> Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.
>
> Art. 66. Compete ao Juiz da Execução: - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

Logo, depreende-se que a execução da pena imposta ao Sentenciado civil, condenado pela Justiça Militar da União, será da competência daquele Juízo no qual se deu a condenação, ou estabelecido pela lei de organização judiciária local.

Entre outras atribuições, ao juízo de execução competem todos os incidentes de execução penal.

Nesse sentido, a Súmula nº 192 do STJ traz o seguinte:

> Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas **a sentenciados pela Justiça Federal Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.** (grifo nosso).

No entanto, em se tratando de "**transferência** de competência", imposta em lei, já que o Sentenciado civil não cumpre pena em estabelecimento prisional militar, conforme a norma já mencionada, a autoridade judiciária deverá expedir o mandado de prisão para que se procedam as formalidades legais.

A interpretação da Lei pressupõe que o Civil já esteja recolhido em algum estabelecimento prisional, submetido ao Estado do Rio Grande do Sul. Com tal redação, a norma faz uma ressalva de que haja um ato jurisdicional da Justiça, da qual proveio a condenação. **No presente caso, inexistiu o cumprimento de tal exigência da lei**.

A Lei de Execução Penal (LEP), no seu art. 105 e seguintes, pressupõe a expedição de guia de recolhimento para a execução, com todas as suas formalidades.

Ao contrário, o Juiz-Auditor determinou a remessa dos autos à Vara de Execuções Penais da Comarca de Lajeado/RS, sem qualquer menção à expedição do respectivo mandado de prisão, para fins de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta pelo STM.

O regime aberto, segundo o Código Penal comum, no seu art. 33, § 2º, alínea ***c***, aplica-se ao condenado não reincidente a uma pena inferior a quatro anos de reclusão.

Segundo o art. 93 da LEP, o Sentenciado ao qual foi imposto regime aberto deve cumprir a pena privativa de liberdade em casa de albergado, observando-se as instalações físicas previstas na referida Lei.

Entende-se que ao magistrado desta Justiça Militar compete expedir o mandado de prisão, em reverência ao preconizado em lei, observando-se o Acórdão condenatório – regime aberto –, sob pena de incidir em imposição de regime mais gravoso, o que afrontaria os preceitos do Estado Democrático de Direito e os critérios de individualização da pena.

No caso de inexistência de instalações adequadas para a respectiva execução, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cumprimento sob o regime de prisão domiciliar, que também se acolhe no presente feito.

No entanto, fazer uma exegese contrária aos fundamentos aqui expostos, conforme asseverou o nobre magistrado, que manteve a sua Decisão, *ex vi* do art. 520 do CPPM, também é uma hipótese a ser considerada e encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Conflito de Competência, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *in verbis*:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA. CIVIL APENADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REGIME ABERTO. COMPETÊNCIA DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 192 DO STJ.
>
> 1. É competente o Juízo das Execuções Penais do Estado para a execução da pena imposta pela Justiça Militar, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual (súmula 192 STJ).
>
> 2. Considerando que o condenado ao cumprimento de pena em regime aberto tem o *status* jurídico de preso, não importa que o condenado não esteja efetivamente recolhido em um estabelecimento penal de administração estadual. Inteligência dos artigos 36, § 1º, do Código Penal, e 118 da Lei 7.210/84.
>
> 3. Conflito negativo conhecido para declarar competente o juízo das execuções penais do Estado do Rio de Janeiro. (Conflito de Competência nº 85.589-RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção. Unânime. Julgado em 22/8/2007).

Por outro lado, embora seja legítimo o argumento de que o condenado ao cumprimento de pena em regime aberto possui o *status* jurídico de preso, pode vir a sofrer qualquer mudança de regime, caso venha a descumprir as condições a ele impostas na execução.

Todavia, no presente caso, conforme ressalta a jurisprudência mencionada, trata-se de incidente da execução penal, porquanto inexistam dúvidas quanto à competência do Juiz da Vara de Execuções Penais, *in casu,* da Comarca de Lajeado/RS.

O que se tem em debate é a quem compete a atribuição quanto ao recolhimento inicial do Sentenciado em casa de albergado, ou, no caso de sua impossibilidade, em prisão domiciliar.

Nesse sentido, a experiência no tocante à implementação da execução dos julgados tem mostrado que os sentenciados, condenados ao regime aberto, acabam sendo recolhidos ao cárcere, por algum tempo, em razão dos desencontros relativos aos procedimentos administrativos para dar cumprimento às Sentenças.

Tal situação não pode remanescer, uma vez que, mesmo por um dia, a prisão torna-se um sofrimento incrível para aquele que teve a sua liberdade assegurada por uma Sentença.

Consoante o mesmo entendimento, traz-se à colação precedente desta Colenda Corte, cujo fragmento se transcreve, *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. RÉ CIVIL. CONDENAÇÃO. REGIME ABERTO. SÚMULA 192. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO DA PENA. VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. MANDADO DE PRISÃO. EXPEDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AFRONTA. CONCESSÃO DA ORDEM.
>
> A condenação ao regime aberto, por impor pena privativa de liberdade, não exclui a expedição do mandado de prisão (STJ, RHC 11160). **No entanto, o problema exsurge no âmbito da Justiça Militar em relação aos civis que cumprirão a citada reprimenda em estabelecimento prisional comum, ficando sujeitos à legislação penal ordinária, *ex vi* o art. 62 do CPM.**
>
> **Tratando-se de penalidade a ser executada em regime aberto, a prisão, por um dia sequer, em regime fechado é medida que afronta os direitos fundamentais e a coisa julgada, porquanto a apenada tem direito a trabalhar, saindo da casa do albergado durante o dia inteiro e recolhendo-se à noite.**
>
> Ordem concedida. Decisão unânime. (HC nº 95-86.2013. 7.00.0000/RJ. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em 11/6/2013) (grifo nosso).

Outro precedente similar: HC nº 213-28.2014.7.00.0000/RJ. Rel. Min. Olympio Pereira da Silva Junior. Julgado em 19/2/2015. Unânime.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para manter na íntegra a Decisão hostilizada pelos 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 Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade de votos**, em negar provimento ao Recurso interposto pelo Órgão Ministerial, para manter na íntegra a Decisão hostilizada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 9 de fevereiro de 2017 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.

Índice de Assunto

A

Amazônia, 17-38

ocupação, 17, 25

organização não governamental, 26-27

Amazônia legal, 24, 28-29

Forças Armadas, 28

política nacional, 28

Administração militar

entorpecente, 190, 287-298

Apelação

ameaça, 171

crime militar, 161, 169, 210, 213, 254, 268, 282

desacato, 282

embriaguez, 244-249

entorpecente, 190, 287-298, 335-342

estelionato, 250-286, 343-352

furto de munição, 157-170

homicídio, 171, 299-334

lesão corporal, 236-243

usura pecuniária, 205-235

C

Cocaína *ver* **Entorpecente**

Comissão Parlamentar de Inquérito

Amazônia, 26-27

Conselho Permanente de Justiça

incompetência, 188

Corte Interamericana de Direitos Humanos, 42-43, 52-53, 55

desacato, 54-55

jurisprudência, 58-59, 139

CPI *ver* **Comissão Parlamentar de Inquérito**

Crime de desacato *ver* **Desacato**

Crime militar, 105

apelação, 279-286, 335-342

habeas corpus, 382

D

Defesa nacional, 17-38

Desacato, 42-68

crime militar, 51-52

história, 48

legislação penal internacional, 55-57

tipicidade objetiva, 49

tipicidade subjetiva, 50

Direito das operações militares

conceito, 83-85

história, 78-83

internacional, 90-92

objetivo, 86-87

E

Entorpecente, 287-298, 335-342

Estado, 47

soberania, 45

Estado de Direito, 46

Estado Democrático de Direito, 46

Constituição Federal, 46-47

Estado Social de Direito, 46

Estelionato, 343-352

Execução penal, 97-113

legislação, 104-105, 108

natureza jurídica, 99-100

F

Forças Armadas,

Amazônia, 28-29

desacato, 52

disciplina, 71-76

garantia da lei e da ordem, 43, 62-68, 85-86

hierarquia, 71-76

J

Justiça Militar da União, 98-105

competência, 75, 98, 355-359

execução penal, 109-113

incompetência, 157-170, 268

M

Mandado de segurança

quebra de sigilo bancário, 385-390

O

ONGs *ver* **Organização não governamental**

Organização não governamental, 25-26

Comissão Parlamentar de Inquérito, 26-27

R

Recurso em sentido estrito

condição de militar

perda, 445-446

mandado de prisão, 407-409

S

Soberania

definição, 17-20

externa, 22

nacional, 17, 25, 31-38

Superior Tribunal Militar, 67

execução penal, 108

T

Terras indígenas, 24

Constituição Federal, 36

demarcação, 17, 33-34

Tratado de Cooperação Amazônica, 24-25

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR

Lançamentos literários, publicados entre 2016 e 2017, voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)[214]:

FERREIRA, Roberto Carlos do Vale. **Curso de Direito Militar sintetizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal Militar: teoria do crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

RODRÍGUEZ, Luis A. Vélez. **Sociedad y Fuerza Pública ante los retos de la paz**. Bogotá-Colômbia: Grupo Editorial Ibáñez, Ediciones Escuela Superior de Guerra, 2017.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Manual Básico da Polícia Judiciária Militar**. Curitiba: Juruá, 2017.

Prezado(a) leitor(a),

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

---

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

Impressão e acabamento:
Gráfica do STM

Formato: 17 x 26 cm
Papel do miolo: Sulfite 75g/m²
Papel da capa: Couchê 150 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT
Número de páginas: 461
Acabamento: Capa dura