ISSN 2448-3281

PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 30
Número 2
Janeiro/2021 a Junho/2021

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar

Volume 30
Número 2
Jan./2021 a Jun./2021

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 de editoração e de revisão
Mosair Gomes Lima de Freitas

Capa
Antonio Simão Neto
Eduardo Monteiro Pereira

Diagramação
Antonio Simão Neto
Eduardo Monteiro Pereira
Filipi Oliveira Machado

Revisão
Elson André Hermes

Ficha catalográfica e Índice de assunto
Jonniery dos Santos Moreira (CRB1- 2689)

Ficha catalográfica

Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 30, n. 2 (jan./jun. 2021). – Brasília, DF : Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2021-.
v.

Semestral.
Continuação de: jurisprudência do Superior Tribunal Militar.
ISSN: 2448-3281

1. Direito militar, publicação periódica. 2. Justiça militar. I. Brasil. 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 – 2021

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

(*Presidente – até 16/3/2021*)
(Aposentado em 19/3/2021)

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

(*Presidente – a partir de 17/3/2021*)

Ministro Dr. José Barroso Filho

(*Vice-Presidente / Corregedor da JMU – até 16/3/2021*)

Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

(*Vice-Presidente / Corregedor da JMU – a partir de 17/3/2021*)

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias

Ministro Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino

Ministro Alte Esq Leonardo Puntel

Ministro Alte Esq Celso Luiz Nazareth

Ministro Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira

Ministro Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ata da 5ª Sessão Administrativa, de 30/3/2021

Expediente Administrativo nº 9/2021

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha *(Presidente)*

Ministro Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino *(Membro)*

Ministro Alte Esq Celso Luiz Nazareth *(Membro)*

Ministro Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira *(Suplente)*

Secretário da Comissão

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

Secretária-Adjunta da Comissão

Vivian Alves Evangelista

Galeria dos Ministros Aposentados – 1989 a 2014 (Posse)

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

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

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

Tenente-Brigadeiro do Ar Cleonilson Nicácio Silva
Data da Posse: 9/12/2010
Data de Afastamento: 23/8/2018

Almirante de Esquadra Carlos Augusto de Sousa
Data da Posse: 23/12/2014
Data de Afastamento: 14/2/2020

Almirante de Esquadra Alvaro Luiz Pinto
Data da Posse: 25/3/2010
Data de Afastamento: 28/5/2020

Tenente-Brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros
Data da Posse: 28/3/2007
Data de Afastamento: 2/10/2020

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR 17

DOUTRINA

A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NA MARINHA DO BRASIL 23
Alte Esq Celso Luiz Nazareth

THE LAWS OF WAR: PRINCIPLES AND EFFECTIVENESS 37
Cel Túlio Endres da Silva Gomes

JURISTAS DO IMPÉRIO E CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA 65
Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini
Dr. André Peixoto de Souza

OPINIÃO PÚBLICA E IMPARCIALIDADE NAS JUSTIÇAS PENAIS MILITAR E COMUM
PUBLIC OPINION AND IMPARTIALITY IN THE MILITARY AND COMMON CRIMINAL JUSTICES 103
Dra. Débora Veneral

LA FINANCIACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS, 2006-2019 (alcances y límites) 121
Dr. Carlos de Jesús Becerril Hernández

ACERVO HISTÓRICO

A CONCESSÃO DA PRIMEIRA LIMINAR EM *HABEAS CORPUS* NO BRASIL. O LEGADO HERMENÊUTICO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR À JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA 135
Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Mateus Schaeffer Brandão

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO INTERNO

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO
7000068-03.2021.7.00.0000 165
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira

APELAÇÃO

7000456-37.2020.7.00.0000 183
Relator – Gen Ex Marco Antônio de Farias

7000618-32.2020.7.00.0000 209
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

7000804-55.2020.7.00.0000 231
Relator – Alte Esq Celso Luiz Nazareth

7001457-91.2019.7.00.0000 243
Relator para o acórdão – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

7000093-50.2020.7.00.0000 277
Relator – Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira

MANDADO DE SEGURANÇA

7000005-75.2021.7.00.0000 353
Relator – Alte Esq Leonardo Puntel

PETIÇÃO

7000596-71.2020.7.00.0000 379
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

7000252-56.2021.7.00.0000 401
Relator – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino

7000761-21.2020.7.00.0000 424
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira

7001361-76.2019.7.00.0000 436
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

REVISÃO CRIMINAL

7000498-86.2020.7.00.0000 461
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

ÍNDICE DE ASSUNTO 509

Apresentação

Com renovada satisfação, a Comissão de Jurisprudência oferece aos operadores do Direito e, em especial, aos exegetas da Justiça Militar mais um exemplar da Revista de Doutrina e Jurisprudência. Nesta oportunidade, apresenta a edição do volume 30, número 2, que abrange os acórdãos julgados no período de janeiro a junho de 2021.

A obra registra a participação de Magistrados da Justiça Militar da União e estudiosos do Direito Militar consubstanciada nos seguintes artigos:

a) "A Polícia Judiciária Militar na Marinha do Brasil" (Ministro Alte Esq CELSO LUIZ NAZARETH);

b) "The Laws of War: principles and effectiveness" (Coronel do Exército TÚLIO ENDRES DA SILVA GOMES);

c) "Juristas do Império e cultura jurídica brasileira" (Doutor ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI e Doutor ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA);

d) "Opinião pública e imparcialidade nas justiças penais militar e comum" (Doutora DÉBORA VENERAL);

e) "La financiación de las Fuerzas Armadas mexicanas, 2006-2019 (alcances y límites)" (Doutor CARLOS DE JESÚS BECERRIL HERNÁNDEZ).

Importante acrescentar que merece destaque a Seção "BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR", cuja finalidade é divulgar os lançamentos literários voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional do Conflito Armado (DICA). Neste sentido, a Comissão solicita a colaboração dos leitores para encaminharem sugestões de novos livros publicados, mediante o correio eletrônico jurisprudencia@stm.jus.br. No mesmo seguimento, ressalta a importância da seção denominada "Acervo Histórico", que se propõe a difundir peças judiciárias da JMU notadamente relevantes para a historiografia nacional.

Por derradeiro, a Comissão de Jurisprudência informa e convida o leitor a acessar outros julgados do STM, disponíveis no endereço eletrônico www.stm.jus.br, no *link* "Jurisprudência e Súmulas" e, no ensejo, comunica que os exemplares das publicações de 1992 a 2021 estão disponíveis no sítio

do Tribunal, na parte destinada a “Serviços”, item “Revista de Jurisprudência”, seguida da aba “Edições”.

Cordialmente,

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do Superior Tribunal Militar
Presidente da Comissão de Jurisprudência

BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR

Lançamentos literários, publicados em 2020-2021, voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)[1]:

BARRETO, Webert. **Drones Armados na Guerra Moderna**: Existem regras no Brasil? São Paulo: Dialética, 2021.

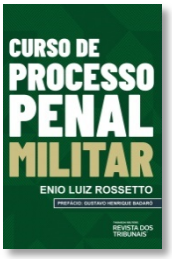
RESENHA: Não há como falar em "guerra moderna" sem projetar cenários futuros e neles identificar o papel que cada inovação tecnológica presente ou alcançável poderá vir a desempenhar. Nesse vasto leque de inovações desponta o *Veículo Aéreo Não Tripulado*, ou "drone" na acepção popular, sobremodo por sua efetiva capacidade de utilização como plataforma de armas, ademais de outras destinações decorrentes de sensores embarcados.

O seu emprego em conflitos armados é, todavia, limitado pelo esperado acatamento a Convenções e Protocolos da ONU e a um ramo do Direito Internacional Público, o *Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)*, este voltado a prevenir efeitos destrutivos indiscriminados e males supérfluos dissociados de objetivos essencialmente militares, que apenas trariam efeitos dramáticos e flagelos à população civil.

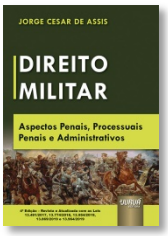
A sua utilização bélica por Estados ou grupos conflitantes há de envolver, portanto, responsabilização, pelo que demanda provisão de segurança jurídica aos decisores e controladores nas deliberações que antecedem os "disparos".

É exatamente esse o chamamento instigador e motivacional que o autor deste livro busca disseminar, ofertando valiosa contribuição ao debate institucional e acadêmico na prospecção de regras a respaldar a utilização de "drones" como plataforma de armas, pelo que se recomenda a sua leitura.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Curso de processo penal militar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

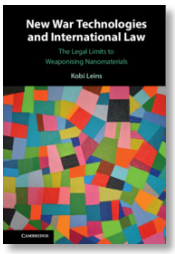


[1] O campo BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR não possui fins lucrativos, sendo meramente informativo.



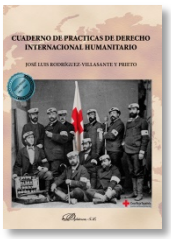
ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar** - Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2021.

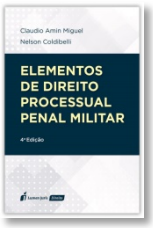
FERRO, Alexandre Lima. **Os Direitos Humanos como Limites das Operações de Inteligência de Segurança Pública**. Brasília: Ultima Ratio, 2021.



LEINS, Kobi. **New war technologies and international law**: the legal limits to weaponising nanomaterials. Cambridge University Press, outubro 2021.

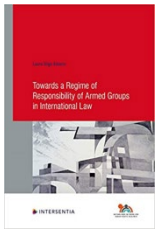
RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. **Cuaderno de Prácticas de Derecho Internacional Humanitário**. 1. ed., Madrid: Dykinson, 2021.





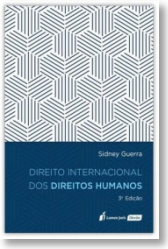
MIGUEL, Cláudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

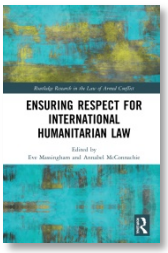
ALVAREZ, Laura Inigo. **Towards a regime of responsibility of armed groups in international law**. v. 90. Human Rights Research Series. Editorial Intersentia, July 2020.



CARVALHO, Alexandre Reis de; COSTA, Amauri da Fonseca. **Resumo de Direito Processual Penal Militar**. 1. ed. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

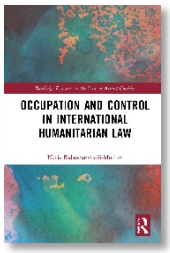
GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.





MASSINGHAM, Eve; MCCONNACHIE, Annabel. **Ensuring Respect for International Humanitarian Law**. Routledge, 2020.

KALANDARISHVILI-MUELLER, Natia. **Occupation and Control in International Humanitarian Law**. Routledge, 2020.



Prezado(a) leitor(a),

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

DOUTRINA

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

A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NA MARINHA DO BRASIL

CELSO LUIZ NAZARETH
Almirante de Esquadra – Ministro do Superior Tribunal Militar

A Constituição da República Federativa Brasil de 1988 (CRFB/1988), mantendo a tradição histórica das Cartas Políticas anteriores, adotou "**o critério objetivo ou *ratione legis* para definição das hipóteses de crime militar**"[2], cabendo ao Legislador ordinário a escolha das hipóteses de crimes sujeitas à Jurisdição da Justiça Militar da União (JMU), independentemente de o(s) autor(es) e partícipe(s) desses delitos serem civis ou militares.

Assim o art. 124 da CRFB/1988, expressamente, consigna que "À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei", sendo esses previstos tanto na parte especial do Código Penal Militar (CPM), quanto no Código Penal Comum (CP) e em leis penais extravagantes, quando se enquadrem nas condições do art. 9º, *caput*, incisos e alíneas, do CPM, com a nova redação dada pela Lei nº 13.491/2017, verdadeiras normas de adequação típica de subordinação mediata de tipificação de crime militar.

Doutra feita, em relação à Justiça Militar Estadual (JME), a CRFB/1988 limitou sua Jurisdição ao processamento e ao julgamento dos militares estaduais (Policiais e Bombeiros Militares), adotando-se o critério *ratione personae*, nos termos do § 4º do art. 125 da CRFB/1988.

Ressalta-se que houve uma considerável expansão da competência da JMU, após o advento da referida Lei, uma vez que, até então, crimes militares eram aqueles previstos apenas na parte especial do CPM. Atualmente, crimes não previstos no CPM, como por exemplo: assédio sexual; organização criminosa; crimes cibernéticos; crimes contra o meio ambiente e crimes em licitações e contratos administrativos, dentre outros, quando praticados nas condições do art. 9º, incisos II, III e alíneas do CPM, estão sujeitos à Jurisdição da JMU.

A JMU é a mais antiga do Brasil, criada em abril de 1808, e, desde a Constituição de 1934, integra o Poder Judiciário[3], encontrando previsão

---

[2] CARVALHO, Alexandre Reis de; COSTA, Amauri da Fonseca. *Resumo de Direito Processual Penal Militar*. Leme, SP: JH Mizuno, 2020, p. 83.

[3] RABELO NETO, Luiz Octavio. Competência da Justiça Militar da União para Julgamento de Civis: Compatibilidade Constitucional e com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 25, n. 2, p. 53-137, 1º sem. 2016.

constitucional nos art. 92, *caput*, inciso VI; art. 122, *caput*, incisos I e II; art. 123, *caput*, parágrafo único, e incisos I e II; e art. 124 da CRFB/1988.

A organização e a competência da JMU estão previstas na Lei nº 8.457/1992, que experimentou substancial alteração com o advento da Lei nº 13.774/2018, ao estabelecer nova competência monocrática ao Juiz Federal da Justiça Militar, anteriormente, denominado de Juiz-Auditor, para processar e julgar civis, nos casos previstos no art. 30, inciso I-B, Lei nº 8.457/1992, e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo.

As recentes alterações legislativas, supramencionadas, refletem a necessidade de o Estado responder ao incremento da criminalidade, não somente sob uma perspectiva quantitativa, mas também em razão de sua complexidade. Tal realidade impõe aos órgãos judiciários e de persecução e investigação criminal um constante aperfeiçoamento, de modo a corresponder às expectativas da sociedade no enfrentamento do fenômeno criminal.

Soma-se a isso o fato da participação cada vez mais frequente das Forças Armadas (FFAA) em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), seja por ocasião dos Grandes Eventos realizados no Brasil, como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos, ou para atender às demandas de Segurança Pública dos Estados Membros, nos termos preconizados pela Lei Complementar nº 97/1999.

Nesse contexto, convém mencionar que as FFAA não dispõem de órgãos de Polícia Judiciária, nos mesmos moldes da Polícia Federal e das Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal. Estes, por sua vez, se encontram, permanentemente, organizados e integram, constitucionalmente, a Segurança Pública, sendo responsáveis pela apuração de crimes, excetos os militares, nos termos do art. 144 da CRFB/1988.

Tal situação deve-se a própria natureza das FFAA, suas estruturas organizacionais, atribuições constitucionais e bases estruturantes, rígidas, de hierarquia e disciplina. Razão pela qual o Código de Processo Penal Militar (CPPM), por força do seu art. 7º, reservou aos Comandantes, Chefes e Diretores de suas Organizações Militares o exercício de atribuição de Polícia Judiciária Militar (PJM), para apurarem a autoria e a materialidade de crime militar ocorrido em áreas sujeitas ao seu respectivo comando ou direção.

Os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica exercem a atribuição de PJM "em todo o território nacional e fora dele, em relação às

Forças, órgãos, efetivos e militares, pertencentes aos seus respectivos comandos."[4].

Em regra geral, o exercício dessa atribuição se faz por meio de delegação das autoridades listadas no art. 7º do CPPM, sempre respeitando a ordem de precedência hierárquica dos investigados, preferencialmente, a Oficiais da ativa, em conformidade com o § 5º do referido artigo.

Ressalto, todavia, que, a despeito de entendimentos em contrário, considero possível a delegação da atribuição de PJM para Oficiais da Reserva Remunerada que estejam, formalmente, desempenhando a prestação de Tarefa por Tempo Certo (TTC), uma vez que eles, a teor do art. 12 do CPM, são considerados como militares da ativa, para fins de aplicação da lei penal militar[5].

Tal interpretação atende à necessidade de compatibilizar a eficiência, a necessidade e a efetividade da investigação policial militar com os recursos humanos disponíveis nas FFAA, uma vez que os Oficiais TTC fazem parte da força de trabalho das Instituições Militares, contando com experiência profissional e expertise que não se mostram razoáveis de serem desprezadas.

Para que seja possível mensurar a importância dessa força de trabalho, nos últimos 5 (cinco) anos, foram instaurados 963[6] (novecentos e sessenta e três) Inquéritos Policiais Militares (IPM), com o propósito de apurar fraudes previdenciárias (art. 251 do CPM) no âmbito do Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha (SVPM). Tais IPM foram conduzidos por Oficiais TTC, importando em inegável benefício para a preservação do Erário e dos valores éticos de hierarquia e disciplina, tão caros à Marinha do Brasil (MB).

Os IPM e demais procedimentos investigatórios, no âmbito das FFAA, são instaurados pelos Titulares das Organizações Militares (OM) e, consequentemente, detentores do poder-dever de PJM, nos termos do art. 7º do CPPM. Os Relatórios, soluções e conclusões de todos esses procedimentos são, necessariamente, homologados ou ratificados por essas autoridades de PJM.

A MB, sensível à necessidade de oferecer melhor resposta ao tratamento do fenômeno criminal, no que tange à preservação da disciplina, da hierarquia e dos bens e interesses que lhes são afetos, criou e vem desenvolvendo uma estrutura de Serviços de Polícia Judiciária Militar (S-PJM),

---

[4] CARVALHO, Alexandre Reis de; COSTA, Amauri da Fonseca. Op. Cit., p. 40.
[5] Op. Cit., p. 41.
[6] Informações obtidas junto ao Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha.

desde 2005. Tal estrutura tem o propósito de reduzir a dependência em relação aos órgãos de investigação externos e disponibilizar aos Titulares do poder-dever de PJM da Força, um assessoramento técnico-jurídico adequado ao pleno exercício de suas atribuições legais, especialmente aquelas previstas no art. 8º do CPPM.

Nesse sentido, considero importante apresentar, ainda que de forma não muito aprofundada, o S-PJM da MB.

BREVE HISTÓRICO SOBRE A CRIAÇÃO DOS SERVIÇOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR (S-PJM)

Em 2006, atendendo à determinação do Comandante da Marinha, o Estado-Maior da Armada (EMA) concluiu um Estudo para a implantação de Núcleos de Polícia Judiciária Militar (N-PJM), no âmbito da Força, objetivando reduzir a dependência da MB em relação aos órgãos externos de investigação, e tornar mais eficientes os procedimentos para a apuração de autoria e materialidade de crimes militares.

A referida implantação foi empreendida dentro de uma moldura temporal, incialmente, de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos, envolvendo o planejamento, a coordenação, a seleção, a qualificação, a distribuição e disponibilização de recursos humanos e materiais, a execução de Projeto Piloto e a consolidação dos N-PJM em todos os Distritos Navais.

Ato contínuo, o Projeto Piloto dos N-PJM foi implementado no Comando do 1º Distrito Naval, sediado na cidade do Rio de Janeiro, tendo em vista o grande número de OM da MB na área de circunscrição daquele Comando Distrital.

As dificuldades enfrentadas, as experiências e os conhecimentos adquiridos com a implantação, desenvolvimento e consolidação do N-PJM no Comando do 1ºDN foram fundamentais para a MB aferir os benefícios da atuação do referido N-PJM, para o eficiente desempenho das atividades de PJM e a importância de implementar tal sistemática nos demais Distritos.

Durante o processo de implantação e desenvolvimento dos N-PJM, foi verificada, no âmbito da Força, a existência de algumas OM com potencial para realizar perícias em diversas áreas, a saber: exames em sistemas de informação digital; exames em armas e munições e balística; exames de necropapiloscopia e papiloscopia; perícias médico-legais, psiquiatria forense e necropsias médico-legais; exame em odontologia legal, inclusive para identificação cadavérica; exame de toxicologia forense, especificamente análises químicas para constatação de substâncias entorpecentes e alcoolemia;

perícias em instalações e avaliação imobiliária; perícias para investigação de acidentes com operações de aeronaves; perícias contábeis, financeiras e patrimoniais; perícias documentais, dentre outras.

Da mesma forma, foram selecionados Oficiais e Praças, com formação acadêmica e técnica compatível aos serviços previstos, bem como se investiu na capacitação e no aperfeiçoamento profissional desses militares, com o propósito de formar pessoal qualificado e apto ao guarnecimento dos N-PJM.

Assim, foram estabelecidas parcerias com diversas Instituições, como a Polícia Federal, as Polícias Civis e Militares Estaduais, Batalhões de Polícia do Exército, Universidades, dentre outras. Até os dias atuais, esta cooperação é mantida e fomentada por meio da realização de palestras, cursos e estágios para os integrantes dos N-PJM, dentre os quais destaco:

- **Curso Especial de Perito Criminal Militar**[7] – Realizado no Comando do 1º Distrito Naval, é destinado a preparar militares para o exercício de funções técnicas de perito criminal militar, com o propósito de otimizar e tornar mais eficiente os procedimentos de apuração de crimes militares em todos os Comandos Distritais.

O referido curso, com duração de 24 (vinte e quatro) semanas, conta com as seguintes disciplinas básicas: fotografia forense; noções de direito e criminologia; datiloscopia e impressões digitais; características físicas e morfológicas; documentoscopia; balística forense; medicina legal; local de incêndio e explosão; dinâmica dos acidentes de trânsito; análise preliminar de entorpecentes; análise de conteúdo audiovisual; reprodução simulada; local de crime e investigação criminal; e estágio aplicado, totalizando 960 (novecentas e sessenta) horas.

- **Estágio de Qualificação em Investigação Criminal para Oficiais**[8] – Destinado ao desenvolvimento de habilidades, atitudes e conhecimentos básicos e adequados às atividades de investigação criminal, necessários aos "Oficiais designados como Encarregados de Procedimento para o êxito na elucidação de ocorrências anômalas de natureza criminal de interesse da Administração Naval".

Realizado pelos Comandos de Distritos Navais, o referido Estágio conta com as seguintes disciplinas básicas: conceitos iniciais acerca da Polícia

---

[7] Portaria Nº 30/DGPM, de 30 de março de 2017. Cria o Curso Especial de Perito Criminal Militar (C- Esp-PCM).

[8] COMOPNAVINST Nº 12-01, de 21 de fevereiro de 2020. Cria o Estágio de Qualificação em Investigação Criminal para Oficiais na área de jurisdição dos Comandos dos Distritos Navais (EstInvestCrim-OF).

Judiciária; Princípios Constitucionais na Investigação Criminal; Auto de Prisão em Flagrante; Inquérito Policial Militar; Potencialidades de Perícias executadas pelos S-PJM Distritais; e testes de conhecimento, totalizando 14 (quatorze) horas.

- **Estágio Básico de Carceragem**[9] – Realizado pelos Comandos de Distritos Navais, é destinado a "desenvolver nos Oficiais e Praças atitudes inerentes ao exercício da atividade de carceragem nas Organizações Militares detentoras desse tipo de compartimento", qualificando esses militares para as tarefas afetas à custódia de presos.

O referido Estágio conta com as seguintes disciplinas básicas: Justiça e Disciplina Carcerária; Serviço de Custódia de Presos; Recebimento e Libertação de Presos; Humanização no Sistema Carcerário; Atividades Laborativas com os Internos; atividades extraclasses; e testes de conhecimentos, totalizando 35 (trinta e cinco) horas.

Além desses Cursos e Estágios, são realizados treinamentos, palestras, encontros e intercâmbios, objetivando a permanente qualificação dos efetivos dos S-PJM. Cita-se, como exemplo, o Evento ocorrido entre o Escritório de Segurança das Forças Armadas dos EUA – Naval Criminal Investigative Service (NCIS) e representantes das FFAA brasileiras, no período de 30/08 a 03/09 do corrente ano, nas dependências da Escola de Guerra Naval (EGN).

No referido Evento, foram tratados vários temas de interesse da PJM, dentre os quais merecem menção: técnicas de coleta de evidências; métodos de perícia; armazenamento de evidências; fotografia de cena de crime; gerenciamento de cena de crime; uso de equipamento de perícia; fontes alternativas de iluminação; e coleta de prova de DNA, dentre outros.

Ademais dos esforços envidados pela MB para a qualificação dos efetivos dos S-PJM, foram investidos recursos para dotá-los de espaço, mobiliário e equipamentos adequados e compatíveis ao exercício de suas atribuições.

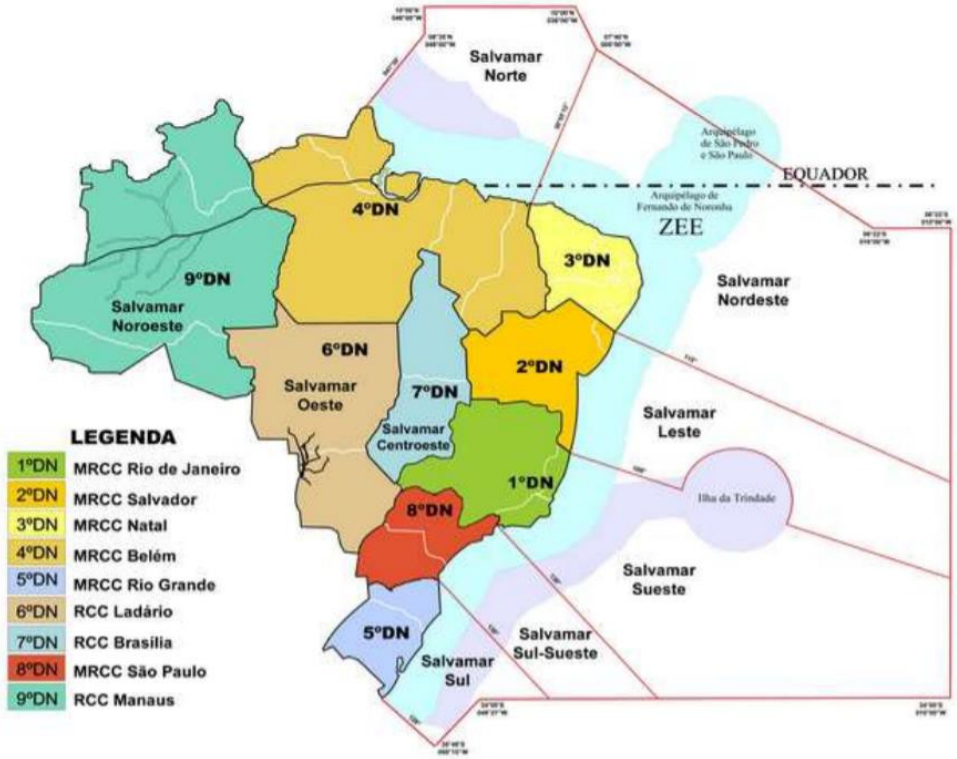
Em 2019, os N-PJM passaram a ser denominados de S-PJM, tendo em vista a consolidação e institucionalização desses Serviços em todos os Distritos Navais[10], a saber: 1º DN - Rio de Janeiro; 2º DN - Salvador; 3º DN - Natal; 4º DN - Belém; 5º DN - Rio Grande; 6º DN - Ladário; 7º DN - Brasília; 8º DN - São Paulo; e 9º DN - Manaus.

---

[9] COMOPNAVINST Nº 12-03, de 30 de março de 2020. Estágio Básico de Carceragem (E-B-Carc).

[10] Palestra Curso de Formação para Fins de Vitaliciamento ministrada pela Encarregada do S-PJM do Com1ºDN - Capitão de Fragata (T) Glyda Santana Sousa, em 25/08/2021.

MAPA DISTRITAL



MRCC – Maritime Rescue Coordination Center.
RCC – Rescue Coordination Center.

Atualmente, a estrutura, atuação e atribuições dos S-PJM encontram-se, formalmente, disciplinadas pela Portaria MB/MD nº 27, de 25/08/2021, do Comandante da Marinha (Normas para a Organização e o Funcionamento do Sistema de Assessoria Jurídica Consultiva da Marinha – SAJCM), pelas Normas Sobre Justiça e Disciplina na MB (DGPM-315) e pelas Normativas (NORDINAV) dos respectivos Distritos Navais.

Ressalta-se que existe uma permanente interação entre os integrantes dos S-PJM, mormente entre os seus Encarregados, para a troca de conhecimentos e experiências, colaborando para a padronização e o aperfeiçoamento da atual sistemática de atuação.

SERVIÇOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR (S-PJM) DO 1º DN

Inicialmente, é importante destacar que a existência e a atuação dos S-PJM não implicam, absolutamente, a supressão das prerrogativas dos Titulares das OM. São eles os verdadeiros detentores, de fato e de direito, do poder-dever de PJM e responsáveis pela instauração e condução dos IPM e demais Procedimentos Investigatórios, especialmente aqueles previstos no art. 8º do CPPM, destinados a apurar a autoria e a materialidade de crimes militares, no âmbito de suas respectivas áreas de atuação.

Excepcionalmente, em casos de maior complexidade e/ou que envolvam exposição midiática, os Comandantes dos Distritos Navais podem assumir a responsabilidade pela instauração e/ou condução de investigações, na forma da alínea e do art. 7º do CPPM. De maneira similar, o Comandante da Marinha pode determinar a instauração de IPM e demais Procedimentos Investigatórios, nomeando, inclusive, seus Encarregados para conduzirem a apuração de crime militar, que tenha como indiciados ou envolvidos Oficiais-Generais, e que deva ser realizada sob sua tutela direta, na forma do art. 7º, alínea a, do CPPM.

ESTRUTURA ORGANIZACIONAL E ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

O S-PJM do 1º DN, atualmente, tem como Encarregada uma Oficial Bacharel em Direito. Assim como os demais S-PJM da MB, encontra-se vinculado à estrutura organizacional do respectivo Comando Distrital, subordinado administrativamente ao Chefe do Estado-Maior, contando com 3 (três) setores ou áreas de atuação: Setor de Orientação Jurídica; Setor de Investigação e Perícia; e Setor de Execução Penal.

O referido S-PJM funciona 24h, podendo ser acionado pelos: Titulares das OM; Oficiais de Serviço; Encarregados de Inquéritos Policiais Militares (IPM); APF (Auto de Prisão em Flagrante); IPD (Instrução Provisória de Deserção); e IPI (Instrução Provisória de Insubmissão).

A solicitação de apoio do S-PJM deverá ser efetivada pelo canal mais expedito possível, a fim de evitar prejuízo às atividades de PJM, inclusive por meio do telefone funcional do militar de serviço S-PJM. A seguinte estrutura será colocada, prontamente, à disposição do solicitante:

Setor de Orientação Jurídica – Conta com 01 (um) Oficial Bacharel em Direito e 02 (duas) Praças. Este Setor é o responsável pela assessoria às autoridades de PJM, em relação à condução de Procedimentos de Investigação

Criminal, e pelo apoio no atendimento de requisições judiciais em matéria correlata.

Setor de Investigação e Perícia – Conta com 01 (um) Oficial Bacharel em Direito e uma equipe de 15 (quinze) Peritos Criminais Militares.

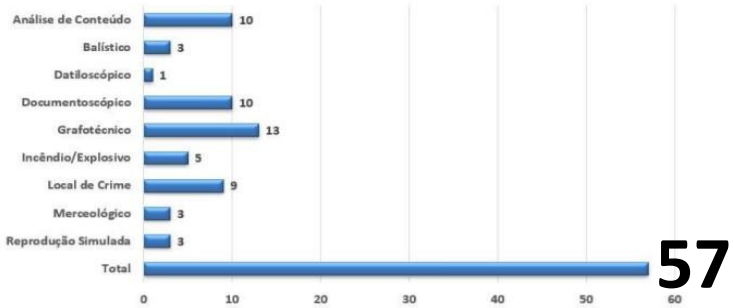
Este Setor é o responsável pela orientação sobre a preservação do local do crime; realização de perícias no local do crime; controle e coordenação com as OM cadastradas com capacidades para a realização de perícias, coordenação com os órgãos externos especializados para realização de perícias; emissão de laudos; e o controle do cadastro dos peritos militares da MB.

De 2019 a 2021, um total de 160 solicitações de Perícias foram atendidas pelo S-PJM do 1º DN, a saber[11]:

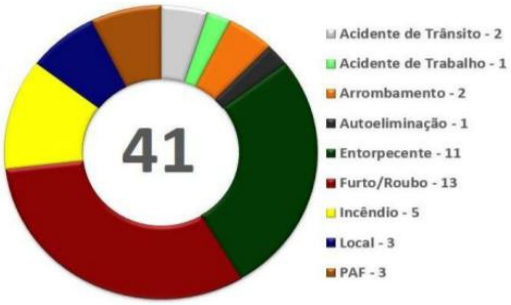
[11] Ibidem.

Estatísticas de Perícias/Acionamentos 2020

Pericias

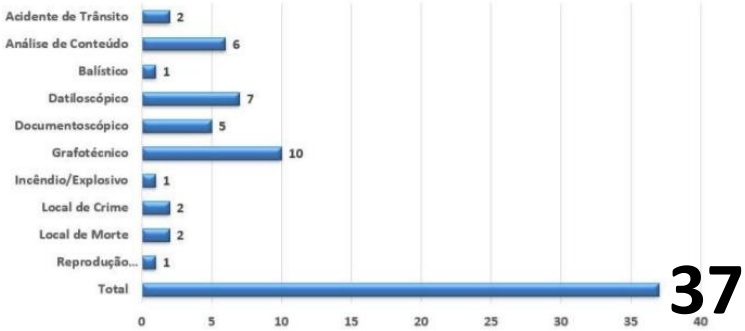


Acionamentos

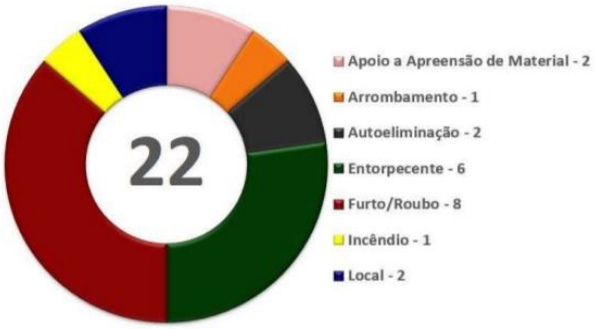


Estatísticas de Perícias/Acionamentos 2021

Pericias



Acionamentos



Setor de Execução Penal – Conta com 01 (um) Oficial Bacharel em Direito e 02 (duas) Praças.

Este Setor é o responsável pela supervisão da Execução Penal desenvolvida pelo Presídio da Marinha (PM); controle da situação dos presos; apoio na execução de mandados de busca e apreensão; escolta e prisão; apoio nas representações para promoção de prisão de indiciados e apoio na apresentação de militares e servidores civis requisitados pela Justiça.

O PM está localizado na Av. Amphilóquio Reis S/Nº, Ilha das Cobras, na cidade do Rio de Janeiro, tendo sido criado em 1966, visando ao acautelamento de presos, exclusivamente militares, à disposição das Justiças Militar e Comum, na forma do art. 62, *caput*, do CPM e art.73, alínea c, da Lei nº 6.880/1980.

Conforme já consignado, a Jurisdição da JMU, diferentemente da JME, se aplica também aos civis que incorram em prática de crime militar, os quais podem ser processados, julgados e, eventualmente, condenados a uma pena privativa de liberdade. Todavia, somente na hipótese de condenação por crime militar em tempo de guerra, em benefício da segurança nacional, poderá o civil cumprir a pena em Penitenciária Militar.

Tal registro se faz necessário para esclarecer que não há presos civis no PM. Somente militares da ativa, da reserva remunerada ou reformados cumprem pena ou são custodiados no PM. Ao perderem tal condição, são transferidos para o Sistema Penitenciário, ficando sujeitos ao Juízo da Vara de Execuções Penais.

De 2016 a 2020, um total de 635 presos passaram pelo PM. Atualmente, há 13 (presos) custodiados em suas dependências. Para melhor compreensão desses números e da rotatividade de entrada e saída de presos no PM, destaco o quadro abaixo[12]:

PRESOS DE JUSTIÇA 2016-2021						
ANOS	2016	2017	2018	2019	2020	2021
ENTRADA	138	132	107	131	92	35
SAÍDA	130	128	103	136	94	31

Enquanto custodiados no PM, os internos recebem o tratamento adequado e compatível com os padrões de disciplina e civilidade exigíveis pela

[12] Palestra Curso de Formação para Fins de Vitaliciamento ministrada pelo Diretor do Presídio da Marinha – CF (FN) LA MARCA em 25/08/2021.

Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal (LEP), sendo-lhes garantido o direito à assistência nos termos estabelecidos no art. 10 da LEP.

Nesse sentido, vale destacar a existência de uma série de iniciativas e programas, objetivando a ressocialização e a reintegração social dos internos, desenvolvidos pela Subseção de Assistências do PM, tais como: palestras, oficinas, terapias ocupacionais, programas por remição da pena pela leitura, visitas sociais virtuais e a possibilidade de concessão do benefício de visita íntima do cônjuge ou companheiro, dentre outros.

Ademais, os militares que guarnecem o PM recebem treinamento e capacitação profissional adequados ao exercício das atividades que lhes são afetas, considerando as especificidades do trabalho em uma Unidade Carcerária e a necessidade de preservação da segurança desses profissionais e dos internos. Da mesma forma, valoriza-se a construção de uma cultura carcerária que prestigia a disciplina e não desconsidera a dignidade do preso, a humanização e a individualização da pena.

DELEGACIA DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR (DPJM)

Além das atividades ordinárias realizadas pelos S-PJM, a participação de tropas da MB em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), em cumprimento ao § 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999, de forma cada vez mais recorrente, demandou a implementação de estudos, a fim de otimizar e tornar mais eficiente a atuação das atividades de PJM no terreno. Esta nova forma de operar tornou-se emblemática, especialmente, durante a realização dos Grandes Eventos, com destaque para a Copa do Mundo; e os Jogos Olímpicos e Paralímpicos. Igualmente, as solicitações dos Estados no reforço à Segurança Pública exigiram intensa adaptação e preparação da PJM, com destaque para as Operações "São Francisco", "Varredura", "Capixaba" e "Carioca".

Para melhor atender a essa necessidade, o Comando de Operações Navais, por meio da COMOPNAVINST nº 10-05[13], estabeleceu as situações que fundamentam a ativação de uma Delegacia de Polícia Judiciária Militar (DPJM), estrutura composta por Oficiais e Praças, devidamente selecionados, treinados e aptos para exercerem funções afetas às atividades de PJM, quando necessário o emprego de tropas da MB em operações de GLO.

A DPJM[14], quando instalada, conta com a seguinte composição básica: 1 (um) Capitão de Mar e Guerra ou Capitão de Fragata, como Coordenador;

[13] COMOPNAVINST Nº 12-05, de 06 de junho de 2017. Delegacia de Polícia Judiciária Militar.

[14] Palestra Curso de Formação para Fins de Vitaliciamento ministrada pela Encarregada do S-PJM do Com1ºDN - Capitão de Fragata (T) Glyda Santana Sousa, em 25/08/2021.

1 (um) Capitão de Corveta ou Capitão-Tenente, como Subcoordenador; 08 (oito) Oficiais Intermediários ou Subalternos, como Delegados; 04 (quatro) Oficiais Médicos Subalternos; e 08 (oito) Praças, como Escrivães.

A DPJM se constitui em importante instrumento colocado à disposição dos Comandantes das Operações de GLO, permitindo-lhes contar com assessoria técnica e jurídica especializada, na ponta da linha, onde existe a maior possibilidade de surgirem situações e intercorrências que justifiquem a atuação da Autoridade de Polícia Judiciária Militar.

A DPJM está apta para realizar lavraturas de APF, assessorar os Comandantes dos Efetivos militares; lavrar Boletins de Ocorrências (BO); estabelecer tratativas e comunicações com as autoridades, órgãos e instituições policiais envolvidos nas Operações, dentre outras atividades pertinentes à atuação de Polícia Judiciária Militar e que possam auxiliar no cumprimento da missão confiada à MB.

A DPJM pode ser acionada a qualquer tempo, em qualquer parte do território nacional, por quando da atuação da Força Naval em Operações de GLO, razão pela qual a MB conta com efetivos treinados e prontos para o guarnecimento da DPJM, em caso de necessidade de instalação.

CONCLUSÕES

Ao longo da minha carreira, tive a oportunidade de ocupar Cargos que me permitiram acompanhar de perto as dificuldades e reais necessidades dos Titulares de OM no que se refere às atividades de investigação criminal, não só pela falta de apoio técnico-jurídico, como também pela dependência da MB em relação aos órgãos de investigação externos.

Também, pude presenciar o surgimento de novas e complexas demandas, relacionadas à participação da MB em Operações de GLO, as quais exigiram a criação de normas, estruturas e procedimentos de modo a cumprir as missões delegadas à Força, da forma mais adequada e eficiente possível.

Em tal contexto, insere-se a criação dos S-PJM, o qual de maneira sucinta procurei apresentar, com o propósito de lançar luz sobre temática que considero relevante tanto para as FFAA, quanto para a própria JMU.

Na minha breve, mas intensa, atuação como Magistrado, tenho observado a importância dos trabalhos afetos à PJM, cujos acertos e desafios, não poucas vezes, reverberam no âmbito do processo judicial, como por exemplo: a preservação ou não da cadeia de custódia; a realização de exames e perícias que não possam ser repetidos na fase processual; e o respeito às

garantias constitucionais, por ocasião das lavraturas de Autos de Prisão em Flagrante Delito (APF).

Se é certo que o IPM e os demais procedimentos investigatórios não são indispensáveis ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Militar (MPM), também é correto afirmar que, ao serem bem executados, tais procedimentos tornam-se importantes para subsidiar o *Dominus Litis*.

Ademais, a existência de estruturas adequadas de apoio aos Titulares do poder-dever de PJM atende à necessidade de cumprimento da Lei, especialmente do CPPM e do CPM, bem como resguarda os primados da hierarquia e da disciplina, os quais sempre, e em quaisquer circunstâncias, são afetados quando, na hipótese de indícios de prática de crime militar, não ocorra uma apuração adequada.

Portanto, considero oportuno refletir sobre a possibilidade de participação, ainda mais ativa, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM), de modo a contribuir com a oferta, criação e realização de Cursos, Seminários e Encontros, objetivando desenvolver, ampliar, uniformizar conhecimentos e divulgar iniciativas, em prol do fortalecimento das atribuições da Polícia Judiciária Militar.

THE LAWS OF WAR: PRINCIPLES AND EFFECTIVENESS

TÚLIO ENDRES DA SILVA GOMES
Coronel – Exército Brasileiro

ABSTRACT: Principles of the laws of war were developed for centuries, since the ancient Greece and Rome. After the development of the fundaments of the just war, during the Middle and Modern Ages, and following the intense development of the international humanitarian law, during the 19th century, the laws of war were compiled in many treaties and conventions mostly in the 20th century. Those positive rules actually detailed the centenary principles of the *jus ad bellum* – the lawful use of force – and the *jus in bello* – the lawful conduct during the war. Those principles were also developed in Brazil, integrated to internal law and military doctrine, during the 19th century. Paradoxically, those principles were not able to avoid two world wars, extreme suffering, violations, and millions of casualties, remarkably in Poland. The way to make the laws of war more effective, based on the usage of principles of the laws of war, is the problem that based the effort of the present research. The analysis of those principles, in relation with doctrine, positive conventions, and treaties, leaded to the conclusion that the principles of the *jus ad bellum* should be considered as the fundaments for planning the use of force, from the strategic point of view; and the principles of the *jus in bello* should compose core values on the rules concerning the conduct of troops and commanders during armed conflicts. Finally, the effectiveness of the laws of war could be also improved by integrating the mentioned principles to the strategic planning directives and military doctrine.

KEYWORDS: Laws of war; international law of armed conflicts; principles of the laws of war; *jus in bello; jus ad bellum*.

1 INTRODUCTION[15]

It is quite challenging for those who believe in the importance of the laws of war (LOW), and for those who study the secular evolution of their principles, to understand what happened during the World War II (WWII).

[15] Trabalho apresentado por ocasião da conclusão do Curso Avançado Estratégico Operacional, na Universidade de Defesa Nacional das Forças Armadas da Polônia (*Akademia Obrony Narodowej*), (Varsóvia, 2014). O artigo foi publicado originalmente, em língua inglesa, pela Revista Coleção Meira Mattos, volume 8, número 33 (SET-DEZ 2014).

More than 50 million people died, including more than 6 million Jews, in the most horrible and inhuman conditions. Millions of children and women died in war actions or were harshly executed; prisoners of war were tortured and shot dead without any trial or guarantee. In Oświęcim, Warsaw, and Katyń, the most unbelievable atrocities were committed against millions of Polish civilians and prisoners of war, only to mention the case of Poland, the from-the-beginning member of the victorious alliance which was the most suffering and damaged country of the war[16].

Brazil, which was dragged to the WWII by the Nazi-German submarine warfare in the Atlantic Sea, fought side by side with the Polish Army in the Gothic Line, Italy, in 1944. As in Europe and in the rest of the world, the right to move the war and the conduct in the war, in Brazil, were also submitted to certain rules, consisting in treaties, principles, laws and regulations.

It is clear, despite some times it was and it is still forgotten, that the laws of war have a moral content. This ethic nature of the laws of war is very related to their principles: rules universally accepted, resulting in centuries of development. More than mere positive rules and detailed regulations, those principles are the core of the laws of war, and their moral and juridical content can be identified in both camps of the laws of war: *jus in bello* and *jus ad bellum*. Michael Walzer (2006, p. 21) illustrated the differences between these two fields of the laws of war and their moral contents:

> The moral reality of war is divided into two parts. War is always judged twice, first with reference to the reasons States have for fighting, secondly with reference to the means they adopt. The first kind of judgment is adjectival in character: we say that a particular war is just or unjust. The second is adverbial: we say that the war is being fought justly or unjustly. Medieval writers made the difference a matter of prepositions, distinguishing *jus ad bellum*, the justice of war, from *jus in bello*, the justice in war. These grammatical distinctions point to deep issues. *Jus ad bellum* requires us to make judgments about aggression and self-defence; *jus in bello* about the observance or violation in customary and positive rules of engagement.

The author also pointed out the independence of the judgments concerning both different fields as well as moral and juridical outcomes:

> The two sorts of judgment are logically independent. It is perfect possible for a just war to be fought unjustly and for an unjust war to be

[16] ZAMOYSKI, 2009, p. 338. The participation of Poland in WWII and its outcomes are broadly explored in history books. For this essay, *Poland: a History, written by Adam Zamoyski, was source and inspiration for the importance of the subject, order* to increase the effectiveness of the laws of war in contemporary warfare, for all the atrocities that were committed against Polish people and country.

> fought in strict accordance with the rules. But this independence, though our views of particular wars often conform to its terms, is nevertheless puzzling. It is a crime to commit aggression, but aggressive war is a rule-governed activity. It is right to resist aggression, but the resistance is subject to moral (and legal) restraint. The dualism of *jus ad bellum* and *jus in bello* is at the heart of all that is most problematic in the moral reality of war.

But if all those rules failed to prevent wars and violations, such as in WWI, WWII, Vietnam, Guantanamo Bay, and genocides in Rwanda and Darfur, after the development of written conventions and treaties, what was wrong? Is it possible for this body of rules, developed for centuries, to be more effective, in order to avoid unnecessary wars or undesired violations during armed conflicts? That is the problem, which leaded to the research hereby presented.

Thus, the present essay[17] seeks to present a brief historical approach of the laws of war, based on their main principles, and how those principles developed in Brazil, mostly during the 19th century. It also aims to describe principles of the *jus in bello* and *jus ad bellum*. It will be demonstrated that this body of international rules, developed for ages, and are not necessarily linked only with the Conventions and Treaties of Geneva, The Hague and New York. Lastly, this essay tries to answer the question formulated in the problem, by pointing out how can the laws of war be more practical and effective, by focusing on their principles, in order to avoid unnecessary wars and violations in the course of the conflicts.

To fulfil this task, the following general objective was designed: analyse the principles of the laws of war and its evolution, highlighting the contributions from Brazil and concluding on how can those principles be used to make the laws of war – *jus in bello* and *jus ad bellum* – more effective.

The analysis is divided in three main topics: evolutions of the laws of war and related principles; analysis of the principles related to the lawful usage of the resource of the war (*jus ad bellum*); analysis of the principles related to the conduct during the armed conflict (*jus in bello*). In each of them, this paper seeks to highlight contributions from Brazil. As a conclusion, a synthesis will be presented, as well as some points about the usage of the analysed principles, in order to seek the effectiveness of the International Law of Armed Conflicts (ILAC).

---

[17] About the methodology adopted in writing the present essay, titles of books and works, literal quotes smaller than three lines, and words written in non-English languages are indicated by italic style. Original titles of the books in Portuguese are kept in their original language. Within these titles, ancient Portuguese words are also indicated by italic style. Quotes larger than three lines are written in normal letters, line space 1, font size 10, indent 4 cm. Translations from Portuguese to English are freely made by the author.

2 EVOLUTIONS OF THE LAWS OF WAR AND RELATED PRINCIPLES

It can be said that conflict is inherent to any kind of relationship between different groups of human beings, from ancient ages, and the same about war between thereafter-developed countries and nations. As every social relationship and phenomenon, war has been also subject to rules and principles from centuries ago. According to Swinarski (1998, p. 18), the first instruments of the laws of war were present in 1000 B.C. Henckaerts e Doswald-Beck (2009, p. XXXI) pointed out the customary nature of the laws of war:

> International humanitarian law has its origins in the customary practices of armies as they developed over the ages and on all continents. The "laws and customs of war", as this branch of international law has traditionally been called, was not applied by all armies, and not necessarily vis-à-vis all enemies, nor were all the rules the same. However, the pattern that could typically be found was restraint of behaviour vis-à-vis combatants and civilians, primarily based on the concept of the soldier's honour. The content of the rules generally included the prohibition of behaviour that was considered unnecessarily cruel or dishonourable, and was not only developed by the armies themselves, but was also influenced by the writings of religious leaders.

Clovis Bevilaqua (1911, p. 278) mentioned the customary conduct of Middle Ages Cavalry as the starting point for the rules that would discipline the war. The author also stated that those principles were later incorporated to the customs and to the doctrine of scholars, philosophers, moralists and, eventually, to the rules within international conventions which formed a written body of the laws of war.

But those laws, as a set of principles that justify the employment of armed power, are much older. The conditions that justified the resort to war and the right of self- defence were already present in the rules made by ancient Egyptians and Sumerians (25th century B.C.); ancient Hitites (16th century B.C.); Greeks, who originated the concept of *jus ad bellum*; and Romans, who formalized laws and procedures concerning the *jus ad bellum*. (BOVARNICK *et al*., 2010, p. 8).

The lawful conduct during the war is much aged as well: in Ancient Babylon (7th century B.C.), prisoners of war and civilians used to have a special status; in Ancient China (4th century B.C.), Sun Tzu's *The Art of War* established rules about procedures during war, including the treatment and care of captives, and respect for women and children in captured territory; in Ancient India (4th century B.C.), the *Book of Manu* regulated procedures in warfare.

The *just cause* as a precedent condition for the use of military force is a characteristic feature of the *jus ad bellum* in the *Just War Period*, according to Bovarnick *et al*. (2010, p. 9). These authors also highlighted the close connection

between just war and self-defence, identified by Aristotle in 335 B.C.; the era of Christian influence; and the conditions for the just war, stated by Saint Thomas Aquinas. Those conditions were the authority of the sovereign; a just cause, which could be related to the avenge of a wrong or self-defence; or the seek for the victory of the good over the evil. All those conditions were supposed to aim peace.

The doctrine of international law was, further on, developed in the beginning of the Modern Ages. In the 15th century, according to Fuller (2002, p. 18), several wars were conducted by mercenaries employed by Italian autocrats, to whom war was a profitable business, which did not worth to be shortened or terminated. Notwithstanding, the idea of having a *foreign diplomacy* and *distinction between the power of the soldiers and citizens' rights* was thereby initiated.

By that time, International Law doctrine started to develop, as part of the science of law. Thus, according to Panizza (in GENTILI, 2006, p. 23), Alberto Gentili initiated the broad doctrinal movement that sought to conceptualize the new doctrine of international law by publishing, in 1598, the book *De Belli Libri Tres Juri*, concerning laws of war: among several issues, he stated about the *just contest of public arms* and referred to the causes of the war, when writing about the *jus ad bellum*, as well as to the means of the just war, within the *jus in bello* (GENTILI, 2006, p. 61).

In the following century, between 1618 and 1648, the Thirty Years War took place in Europe. That was the last of the wars between Protestants and Catholics, which commenced with the protestant movement leaded by Martin Luther from the year 1519. According to Cinelli (2011, p. 38), this war caused millions of casualties; looting and atrocities were committed by mercenaries. Fuller (2002, p. 17) described some of those atrocities, which reached such serious levels that leaded to the further deepening on the development of the laws of war:

> The Age of Absolute Kings arose from the ashes of the religious wars that culminated in the Thirty Years War (1618-48), which was a outrageous conflict between mercenaries hastily recruited, often accompanied by hordes of hungry people. When, in 1648, the Peace of Westphalia ended the anarchy, Central Europe lay in ruins. It is estimated that more than eight million people perished, not counting about 350 thousand deaths in combat. [...] During the war, cannibalism was not unknown and the people were steeped in superstition. [...].

During the years of the conflict, Hugo Grotius wrote his masterwork of international law, which was published in 1625: *De Belli ac Pacis Juri* (*On the Laws of War and Peace*). He distinguished just and unjust causes and regulated the *rules of what [was] allowed in war*, amongst several other teachings (Grotius, 2005, p. 921, 995, 1013).

Also, Emmerich de Vattel, in the 18th century, participated in the doctrinal movement within the *Just War Period*, describing war as *a state in which the right is sought by force*, which also based the principle of the justice of the cause. All those authors stressed the necessity, in a just war, of the actors to be independent States, subjects of international law (VATTEL, 2008, p. 649).

By the beginning of the 18th century, the most fundamental principles of the *jus ad bellum* were thus already settled, and some of them were also related to the use of force during the war; however, according to Bovarnick *et al*. (2010, p. 11) *jus in bello received little attention until late in Just War Period,* at the end of 19th century. Nevertheless, some principles of the *jus in bello*, as the protection and respect for prisoners of war, were already settled by costumes and military tradition, as it can be seen depicted in the Racławice Panorama, in Wrocław, Poland, which contains a scene of a proper imprisonment of Russians by Polish soldiers in 1794.

Figure 1. Racławice Panorama – scene of the imprisonment of Russian soldiers
Source: picture taken from Panorama Racławicka, Wrocław - Poland, in 31 May 2014.

But the Just War Period gave way to the *War as a Fact Period*, in which war was not to be just; instead, according Clausewitz (1984, p. 87), to it was to be a continuation of a State policy, with the usage of some other means, directed to a desired end state. Laws of war, as it was developed for centuries, were not considered by Clausewitzian concept for waging or conducting the war, as it can be seen in his book *On War*, first published between 1832 and 1835. That was a serious step back in the course of the evolution of the war as a social phenomenon subject to rules - the so developed laws of war, and its consequences were to be faced in armed conflicts during 19th and 20th centuries.

Concerning the *jus in bello*, Clausewitz did not mention the limitations of war as related to those principles; instead, the force could be used in different ways. Still, there are no elements to conclude that Clausewitz considered any limitation or restriction for the use of force during the war:

> If, then, civilized nations do not put their prisoners to death or devastate cities and countries, it is because intelligence plays a larger part of warfare and has taught them more effective ways of using force than the crude expression of instinct. (CLAUSEWITZ, 1984, p. 76).

Van Creveld (1991) indicated the lack of limitation during the war, according to Clausewitz's view:

> Clausewitz used some of the book's most forceful passages to serve emphatic warning against introducing 'moderation' into the 'principle' of war; to him, armed force was subject to no rules except those of its own nature and those of the political purpose for which it was waged. He had no patience with the 'philanthropist' belief that war could (or should) be restrained and waged with a minimum of violence. 'In dangerous things such as war, errors made out of kindness are the worst.' Let us hear no more about generals who conquer without bloodshed.'
>
> Consistent with this view, Clausewitz held that the law of war consisted of 'self-imposed restraints, hardly worth mentioning'.

Further on, during the 19th century, the rise of the State as the principal actor in international relations continued mitigating the concepts of just war. Therefore, those already developed principles were not able to avoid the usage of war as an instrument to achieve national policy objectives. *Realpolitik* replaced justice as the reason to go to war (BOVARNICK *et al*., 2010, p. 11).

Nevertheless, extremist and authoritarian States did not use or recognize proper limitations, the standardization, in written rules, of the laws of

war still intensified during the 19th century, mainly those related to the limitations during the war (BEVILAQUA, 1911, p. 278). In the *War as a Fact Period*, war was accepted as a matter of fact, in which the conduct should be disciplined; so, the focus changed from *jus ad bellum* to *jus in bello* (BOVARNICK *et al*., 2010, p. 12).

By that time, the natural law in philosophy and religion often gave guidance to the conduct of combatants in war, particularly in Brazil, which, when becoming independent from Portugal, in 1822, adopted Christianity as the official religion and Roman Apostolic Catholicism as the religion of the State (BRASIL *et al*., 1855, p. 8).

Far from Europe, when the United States had consolidated its integration and the ideals of their founders, during the Civil War, the most significant document for cataloguing customs and practices of the *jus in bello* was issued, according to Henckaerts and Doswald-Beck (2009, p. XXXI): the Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, prepared by Francis Lieber in 1861 and published in 1863, as the General Order Nr 100, by the President Abraham Lincoln. The document was a broad *drafting of a code of war*[18].

In some European countries, differently, armies were still reluctant to consider the limitations in war. In 1864, the atrocities committed during the Second Italian War of Independence culminated in the development of the written laws of war – the so-called *international humanitarian law (IHL)*. Henry Dunant, a businessman in Geneva, in a working trip, was impressed with the suffering situation of the French, Italians and Austrians at the Battle of Solferino, and improvised medical care for the wounded. Dissatisfied with the lack of systematization of the medical care in the battlefield, he wrote the book *A Memory of Solferino*[19]. The movement that would take that responsibility was thereafter formalized with the creation of the International Committee of the Red Cross, in 1863.

In South America, the imprisonment of the ship *Marquês de Olinda*, in 12 November 1864, by Paraguayan forces under the dictatorship of Solano Lopez, initiated the war between Paraguay and the Triple Alliance – Brazil, Argentina and Uruguay. The conflict lasted six years and was the longest war in

[18] The Code of Lieber was mentioned as such by Henckaerts and Doswald-Beck as well as by Bevilaqua (1911, p. 278).

[19] The Memory of Solferino is available at: http://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0361.pdf. This file was accessed in 29 May 2014.

the history of South America. The Treaty of the Triple Alliance, in 1865, in its article 14, mentioned the laws of war and their principles:

> Allied nations require [Paraguayan] government to pay the costs of war that they were forced to accept, without express declaration of war, as well as to repair and compensate the damages to their public and private properties and those of their fellow citizens; and damages arose subsequently in breach of the principles governing the law of war (PINTO, 1869, p. 487).

After the invasion of the southern Brazilian province – *Rio Grande do Sul*, in 10 June 1865, the Paraguayan column under the command of Colonel Antonio Estigarribia were sieged in Uruguaiana, a city placed by the Argentinian-Brazilian border along Uruguay River. After two months of negotiations, watched closely by the Brazilian Emperor Dom Pedro II himself, the Paraguayan forces surrendered under the protection and guaranties from the Allied Forces. A treaty was signed; prisoners of war were removed from the battlefield and could choose a place to live outside Paraguay. Those who were moved to Brazil, including Antonio Estigarribia, were granted salaries.

The necessity to regulate the status and living conditions of several Paraguayan prisoners of war in Brazil, who moved before and after the surrender in Uruguaiana, made some regulation necessary. Therefore, the Minister of War, Ângelo Moniz da Silva Ferraz, issued a decree in which many of the principles of the laws of war were present. The so-named *Instructions of 25 December 1865*[20] can be considered a cornerstone within the development of the written regulations concerning laws of war, as well as the *General Orders Nr 100* were, in North America, nevertheless the Brazilian regulation is not well known at all, even in Brazil. According to the Brazilian Former Minister of the Superior Military Justice Court, Mário Tibúrcio Gomes Carneiro:

> The Doctrine, fixed in the Angelo Moniz's Instructions, in healthy, just, and humanitarian precepts, which he exhibited in vehement and persuasive language, reflects, as he modestly confessed, the teachings of the early internationalists of the time; but the systematization in which the matter appeared regulated, including all legal and military aspects, showed that the master did his work, and, in technical perfection, completed, in the corresponding chapter, the model that we assume had or has had, in the *1863 American Instructions*; and the pair came,

[20] The *Instructions* (*Aviso de 25 de Dezembro de 1865*, in BRASIL, 1866, p. 269-283) were accessed in the Brazilian Army Historical Archive, during our research about the impacts of the laws of war for the Brazilian Campaign in the Triple Alliance War (1864-1870), between 2011 and 2012. The thesis was presented and approved in the Brazilian Staff School (ECEME), in Rio de Janeiro, in 14 October 2013. Most of the Brazilian historical references of this essay were collected as sources during that doctorate research. Complete reference about the thesis is detailed at the end of this essay.

> proudly, with modern formulas, given the solutions of the problem, the international conventions signed at Geneva in 1929.
>
> […]
>
> It seems to us that should be noticed, for the glory of Angelo Moniz's Instructions, that his essay of unilateral coding of one of the chapter of the laws of war was only preceded by the American Instructions, which Blunstschili, unsuspectedly, considered the first attempt at codifying the laws of war in his book *Das Modernes Voelkerecht als der Staten Civiliierten Rechtsbuch dargestellt*, published in Germany in 1868, i.e. five years after the Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field. (PIMENTEL, 1975).

The *Instructions of 25 December 1865* comprised a series of guarantees and principles, such as:

- reinforced the commitment to the *styles of civilized* peoples even when the enemy did not follow that customary body of principles;

- mentioned the humanity as duty and right;

- established the general rule to avoid the prisoner to keep offending Brazilian troops instead of punishing or castigating him; that should be done by collecting arms as well as sending them apart of the war theatre;

- guaranteed good treatment, means of subsistence, right of life, and respect of religion and customs for the enemies, seeking to *easy the rigor of their position*;

- guaranteed, for officials, if they were not suspects of misbehaviour, the right to move freely, without escorts, to the designated place, and to live there freely, under the commitment to stay at that place until the peace agreement was signed;

- treatment for the injured in the same way in which Brazilian troops were treated; indeed, Paraguayan injured soldiers were treated accordingly, as it was also demonstrated in our already mentioned research;

- established the distinction between military forces and civilians in the battlefield: priests, women, children, nurses, dealers and all the people who gather the enemy's troops, but were not intended to fight, were to be treated as non-combatants;

- prohibited the enlistment of prisoners of war in Brazilian Armed Forces, even if they were volunteers;

- guaranteed salaries for officers and regular payments for those who worked in public institutions in Brazil; right of private property was also granted.

Moreover, those rules, settled in 25 December 1865, were not the first regulations of Brazilian Armed Forces concerning the limitation of the use of force during the war. Before that, and remarkably before the conventions of Geneva, there were some other internal regulations, present in military compendiums of laws and regulations, such as the *Military Legislation Indicator*, issued in 1863. Those decrees regulated the *jus in bello*, therefore ruling the conduct during the war:

- the conditions for the legitimacy and the procedures for the booty were settled by the Statutes of 29 August 1645 and 9 August 1658, when the booty was accepted only in just wars, as a consequence of the general guidance of the laws of war during that period. The compilation of military legislation made in 1834 made clear the evolution of the concept of the booty, indicating differences between the person and properties of the State, of the soldiers, and those owned by civilians (BRASIL; MATTOS, 1834, p. 206-207).

- the Charter of 7 May 1710 (BRASIL; AMARAL, 1863b, p. 273, 294) established the protection of religious temples and sites, priests, and death penalty to be applied to whom, by any arms, offended any person who was not the enemy;

- the protection of women was also established in the Charter of 7 May 1710, with death penalty for those who *violated women, even those who belonged to the enemy* (BRASIL, 1863a, p. 65);

It's remarkable that some of those regulations were issued in Portugal, before the independence of Brazil, which occurred in 22 April 1822. They were still valid during the 19th century, as it can be seen in the compilations of military laws and regulations of the Ministry of War from those years.

Furthermore, there were some principles of the *jus in bello* present in Brazilian Military doctrine, which demonstrated the so-existing integration between military doctrine and the laws of war: protection to *parlementaires*, to deserters, and, remarkably, the proportionality when fighting against an enemy found in a patrol, which should be preferably imprisoned and treated accordingly, as a prisoner of war, could be found in General Instructions of 1762 (BRASIL, 1865).

The presence of the centenary principles of the laws of war amongst Brazilian directives, during the Triple Alliance War, was subject to publication by The New York Times, in United States of America, in 1 June 1866. The proclamation addressed by General Osorio to his troops in the very beginning

of the Allied Campaign in Paraguay was so published. It contained a very clear recommendation about treatment of non-combatants:

> Soldiers! The mission of commanding free men is an easy one; to show them the path of duty is sufficient.
>
> Your road lies before you. It is not necessary to tell you that the vanquished enemy and the Paraguayan disarmed or peaceful should be sacred to an army composed of men of honour and heart.

Back to Europe, the formal conventions and treaties concerning the *jus in bello* continued developing up to the end of the 19th Century and during the 20th Century, formalizing what was to be known as International Humanitarian Law or International Law of Armed Conflicts[21]. The posterior development of the *jus in bello,* during the 20th century, was briefly described by Henckaerts and Doswald-Beck (2009, p. XXXII):

> The driving force behind the development of international humanitarian law has been the International Committee of the Red Cross (ICRC), founded in 1863. It initiated the process that led to the conclusion of the Geneva Conventions for the protection of the victims of war of 1864, 1906, 1929 and 1949. It was at the origin of the 1899 Hague Convention (III) and 1907 Hague Convention (X), which adapted, respectively, the 1864 and 1906 Geneva Conventions to maritime warfare and were the precursors of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of 1949. It took the initiative to supplement the Geneva Conventions that led to the adoption in 1977 of two Additional Protocols. The ICRC has both encouraged the development of and been involved in the negotiation of numerous other treaties, such as the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons, the 1997 Ottawa Convention banning anti-personnel landmines and the 1998 Statute of the International Criminal Court.

Therefore, the positivism that transformed centenary customs into written rules, initiated with the Code of Lieber, in 1863, developed in the first Geneva Convention, in 1864, and, what not to say, in the Brazilian Instructions of 25 December 1865; they continued developing during the 20th century, in what was known as *War as a Fact Period*, in which *war was a recognized and legal reality in the relations between States, [so] a focus on mitigating the impact of war emerged* (BOVARNICK *et al*., 2010, p. 12).

After the World War I, the idea of war as being a part of international law was totally refused; war was considered illegal. That was the *Jus Contra*

[21] The term *Armed Conflicts* was used in the article 2 common to all 1949 Geneva Conventions, whenasserting that the law of war applied in *any instance of international armed conflict*.

Bellum period, mostly related to the act of beginning a war as being a violation of the international law (BOVARNICK *et al*., 2010, p. 13).

Since the procedural requirements of the Hague Conventions and of the League of Nations did not prevent World Wars I and II, United Nations were created, as a world organization with power and mechanisms dedicated to prevent war, and international law was recognized as needed to provide more specific protections for the victims of the war (BOVARNICK *et al*., 2010, p. 14). War criminals were prosecuted in international courts, after conflicts such as WW II, Yugoslavia and Rwanda, and crimes of war were defined as such in the 1998 Statute of Rome.

The 1945 United Nations Charter continued to enforce the banning of war, extending the concept of violation to *the threat or use of force*. Still, States were permitted to use force if response of an armed attack. The right of self-defence has Always been and continue to be a fundamental principle of the contemporary *jus ad bellum*.

After this long period of development, the custom that regulated the conduct during the war (*jus in bello*) was also object of systematization, through the work completed in 2004 by Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck. These authors illustrated the importance of the principles as a source of international law, mentioning the *Martens Clause,* inserted in the preamble of the 1899 Hague Convention II:

> Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience. (Henckaerts; Doswald - Beck, 2009, p. XXXI).

Notwithstanding, those principles, rules, and treaties were not effective enough to prevent nor to soften two world wars in the 20th Century, when millions of people died, prisoners of war were tortured or executed, Jews, Gipsies and other minorities were massacred, churches and historical national-heritage places were destroyed. And what to say about genocides in Africa, atrocities committed by the Soviet Union and its puppet governments, violations against civilians in Vietnam, in Yugoslavia, interventions and war in Middle East? It seems that the lessons from the past were not yet learned. Indeed, the laws of war are not sufficiently effective. Currently, armed interventions are still taking place without being based on self-defence and with no approval from the United Nations, which could legitimate a legal armed

intervention. Ukrainian case, with Russian intervention and posterior incorporation of Crimea, is just one example of how ineffective the laws of war are nowadays.

In a discussion about principles of laws of war, their role as a source of *jus ad bellum* and *jus in bello* can be explored. These principles are currently written in uncountable publications, such as the ICRC *Customary International Humanitarian Law*, the USA *Laws of War Deskbook*, the 1863 *Instructions of the Government of the Armies*, and the Brazilian *Employment of International Law of Armed Conflicts in Armed Forces Handbook*.

They are not only juridical rules; much more than this, those rules and principles are very related to deep moral concepts, where right and wrong decisions during armed conflicts are situated. Those principles are discussed in the following topics.

3 PRINCIPLES OF *JUS AD BELLUM*

Jus ad bellum was defined by Bovarnick *et al*. (2010, p. 7) as *the law dealing with conflict management, and how States initiate armed conflict (i.e., under what circumstances the use of military power is legally and morally justified)*. What is seek, by international law, is the *lawful use of force*.

The general principle, established by UN Charter, Chapter VI, is the **pacific settlement of disputes**. This principle can be found in many national constitutions, including the 1988 Brazilian Constitution, which established the pacific settlement of disputes as a fundamental compromise of the Republic (in the preamble), as well as aprinciple of Brazilian foreign affairs (article 4th, VII).

The pacific settlement of disputes was also established in the first article of The North Atlantic Treaty, signed in 4 April 1949:

> The Parties undertake, as set forth in the Charter of the United Nations, to settle any international dispute in which they may be involved by peaceful means in such a manner that international peace and security and justice are not endangered, and to refrain in their international relations from the threat or use of force in any manner inconsistent with the purposes of the United Nations.

The right to move armed force to the war is historically based on what is called a *just cause*, which is characteristic of a *just war*, as it has been described before. This matter about the lawful use of force is currently regulated by the UN Charter, Chapter VII, which settles the rules for the usage of all the means, including the usage of armedforce, in order to prevent or face *any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression*.

The resource to armed actions against an unjust attack can be primarily justified bythe **principle of self-defence**, as stated in Article 51 of the Charter:

> Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken the measures necessary to maintain international peace and security.

The concept of the UN Charter is not new at all. It was already demonstrated that the most important principle of the *jus ad bellum*, the inherent right of self-defence, waspresent during the Just War period, since the beginning of the evolution of the laws of war. By the UN Charter, this concept was extended to collective self-defence, which can be also found in the article 5 of the North Atlantic Treaty, which refers to the article 51 of UN Charter:

> The Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area.
>
> Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security.

Contrario sensu, an aggressive war is forbidden, for there is no reason to threat or to use armed force against a country that is not attacking or threatening anyone. Defence of interests and guarantee of strategic resources are definitely out of the scope of the self-defence principle, for there is nothing to do with previous or imminent aggression to be the cause for a just reaction. Moreover, the self-defence measures are to be quit when the UN Security Council takes over the responsibility to keep international peace and security, recognizing the role of that supranational body as a key-player for the international stability.

By the UN Charter, collective response in recommended over unilateral actions of self-defence. That is what can be deduced from the Chapter VII of UN Charter[22], which establishes that UN Security Council is untitled of determining the *existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression*; to *make recommendations* and *decide what measures shall be*

[22] So it was by BOVARNICK *et al*. (2010, p. 28), who stated mentioned *the Charter's strong preference for collective responses to the illegal use of force over unilateral actions of self-defence*.

taken, seeking for the peaceful solution of the controversy; *decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, [calling] upon the Members of the United Nations to apply such measures*, still trying to reach a peaceful solution; finally, *take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations*.

Therefore, the UN Charter establishes a mechanism of gradual increase of the use of power, first the currently named *soft power*, and, if not effective, an increasingly *hard power*, counting on a collective action by the UN members.

According to Bovarnick (2010, p. 31-32), individual self-defence, by United States doctrine, has three main expressions: *protection of territorial integrity*; *protection of political independence*; and *protection of nationals*. These expressions of the use of force, based on the right of self-defence, enlarge the concept of the contemporary *jus ad bellum* and can be subject to discussions, particularly the last one.

Furthermore, USA enlarge the concepts of self-defence by considering lawful the anticipatory self-defence and the pre-emptive use of force, which is present in USA 2002 and 2006 National Security Strategy. Those concepts are not clearly present in multilateral charters such as UN Charter or North Atlantic Treaty, and are subject to endless discussions, not suitable to the objective of the present essay. Neither is present the concept of self-defence against non-state actors, which is also considered by some American scholars, in a quite challenging approach for the contemporary *jus ad bellum*. According to this concept, it can be lawful to attack non-state actors within *host States that are unwilling or unable to deal with the non-state actors who are launching armed attacks from within its territory* (Bovarnick *et al*., 2010, p. 35). The use of this concept can be identified in the war against terrorists in Afghanistan and in the action that culminated with the death of Osama bin Laden, in Pakistan, in 2 May 2011.

There are two principles of the *jus ad bellum* that should base any use of force, in the cases of self-defence: **necessity** and **proportionality**. They emerged from the concept of just war in centuries of the development of the *jus ad bellum*, since just war should be a *reasonable* and *necessary* reaction against an *unjust attack*, in which the sovereignty or rights of the country was seriously threatened. It can also be said that

> It is well-accepted that the UN Charter provides the essential framework of authority for the use of force, effectively defining the foundations for a modern *jus ad bellum*. Inherent in modern *jus ad bellum* is the customary requirement that all uses of force be both necessary and proportional.

> States must consider the exhaustion or ineffectiveness of peaceful means of resolution, the nature of coercion applied by the aggressor State, the objectives of each party, and the likelihood of effective community intervention. In other words, force should be viewed as a "last resort." (BOVARNICK *et al*., 2010, p. 30, 31).

Indeed, the concept of **necessity** can be seen in aged vestiges of the laws of war. Gentili (2006, p. 120, 148), in 1598, and Paiva (1850, p. 25), in 1850, stated about the *necessity*, say, the usage of all possible means to repair the offense, as a condition for a just war. Also, the *unquestionable right to protect the subjects, by the depletion of diplomatic means to avoid the offenses to the right of Brazilians in Uruguay* was evoked by the Duke Caxias, in 1851[23].

The principle of necessity was also mentioned in the North Atlantic Treaty, in article 5, which authorizes the use of *such actions as deems necessary*.

It is important to remark that necessity, as a principle of the just cause, is related to the indispensability of military measures to safeguard the inherent rights of a given nation; the concept differs the necessity of the *jus in bello*, related to necessary means of combat, as it will be analysed during the next section of this essay.

Proportionality, in turn, is related to the dimension of the reaction: a proportional reaction or exercise of self-defence comprises the reasonable use of force, in order to prevent or to stop an unjust aggression. Both concepts, proportionality and necessity, are inherent of the principle of self-defence, and can also be found in the doctrine of domestic criminal law acts or systems, as conditions for the lawful exercise of self-defence.[24]

Besides, the lawful use of force includes actions authorized by the UN Security Council under the Chapter VII of San Francisco Charter. This is the case of UN peace enforcement actions, initiated by the existence of a *threat of peace, a breach of the peace, or an act of aggression*, descripted in the article 39 of the Charter. It is indeed a contemporary mechanism of collective defence based on the role of the United Nations as a guarantee of world peace. UN peacekeeping[25] and peace enforcement missions are covered by Chapter VII

---

[23] The Proclamation of Duke of Caxias, the patron of Brazilian Army, can be found in the sequence of orders issued by him as Commander-in-Chief of Brazilian Armed Forces during the Campaign in Uruguay, in 1851. It is accessible in the National Archive, Rio de Janeiro (Collection *Caxias*, fund code *OP*, box *811*, package *2*).

[24] The article 25 of the Brazilian Penal Code states that: *It is understood in self-defence who, moderately usingthe necessary means, repels unjust aggression, actual or imminent, against himself, herself or other people*.

[25] UN Peacekeeping missions here considered are those in which the use of force is authorized, e.g. current missions in Haiti and Democratic Republic of Congo. In turn, peacekeeping missions can be alsoused as a step to be taken before the use of force under Chapter VI of the UN Charter.

when the force is used, also under proportional and necessary conditions, to recover, establish or keep peace and security in a given country or region.

Legitimacy can be also considered another principle, developed for the centuries of evolution of the *jus ad bellum*. In the past, as it can be learned by the teachings of many scholars, including Alves Junior (1866, p. 92)[26], only sovereign States could wage war. Nowadays, UN Charter preconizes that the unjustly violated State in self-defence or the States authorized by UN Security Council can lawfully launch armed force against an aggressor. The principle of legitimacy, which is not clearly explored by current doctrine, is an important issue when the discussing the legality of non-governmental actors or States, which are not authorized by UN Security Council to launch an attack as legitimate parties of the *jus ad bellum*. It is important to highlight that legitimacy does not exclude the principles of necessity and proportionality, for the armed action or campaign to be lawful.

The NATO Comprehensive Operational Planning Directive (COPD INTERIM V2.0, issued in 04 October 2013), in Chapter 3 – Strategic Level – establishes the analysis of legal aspects (in general) of the problem in the initial crisis estimation, as well as the analysis of international law as one of the steps of the strategic assessment[27]. During the phase of military considerations – use of NATO military instrument – there are no specific mentions about the *jus ad bellum*. In the development of the Military Response Option (MRO), legal requirements are to be determined; international law and moral constraints, each one a separated item, are used as criteria for the analysis of the MRO, if acceptable or not. During the development of the Strategic Concept of the Operation (CONOPS), legal basis and mandate for the operation are to be given after NATO end state, mission, role, and strategic objectives and Political limitations and assumptions.

Considering the ethical content of the *jus ad bellum*, moral and legal constraints are very related, but this does not seem to be the focus of NATO Directive. In short, the process emphasises much more the achievement of strategic objectives and end statesthan the legal implications and restraints for the use of force, which can easily recall the realistic, Clausewitzian approach of 19th century *realpolitik*.

---

[26] This book was reference for the teaching of law, laws of war included, in the Brazilian Military School,in the second half of the 19th century.

[27] COPD describes this step as follows:

3-13. Appreciate International Interests and Engagement in the Crisis.

a. Determine International Legal Aspects. *Throughout the process the legal aspects of the crisis based on international law, treaties and agreements, as well as relevant UN resolutions, will be reviewed for understandingand applicability*.

For what has been analysed during this essay, it seems to be necessary to consider the implications of the laws of war, here referring to the legitimate use of force, from the beginning of the strategic process and during all the phases of the strategic assessment and planning. This is not a task for lawyers, it concerns the very fundamental issues about the use of force, with military, legal, and moral aspects involved. Hence, it would be appropriate to adjust the focus of the planning process in order to synchronize more effectively the *jus ad bellum* to the assessment concerningthe use of military force.

It could be also valuable to mention which principles or rules, in general, should be considered. In this case, it would be much more practical if the **principles** of the *jus ad bellum* were indicated, with main concepts, for it would be much more synthetic and simpler than to describe all the written rules and compiled customs about the lawful use of force. Therefore, the use of the principles of the *jus ad bellum* in the strategic planning process can result in more effective results about the compliance of the laws of war when armed force is to be used.

In brief, the main principles, universally accepted, as a result of the development ofthe *jus ad bellum,* are the peaceful settlement of disputes, the right of self-defence, necessity, and proportionality. To these principles, the use of force under a UN mandate, as a guarantee of peace and security, was added by UN Charter, in 1945. They should be primarily considered in any strategic assessment concerning the possibility of the use of military force. The enlargement of the centenary principles ofthe *jus ad bellum* comprises the most challenging moral, political, and juridical arguments about the laws and the justice of war: was Bin Laden lawful eliminated or murdered? Were the actions in Afghanistan and Iraq lawful or not, from the perspective of legitimacy, necessity, proportionality? Does Russia have the right to enter in Ukraine to protect the rights of Russians within that country? These challenges are not supposed to be easily solved, notwithstanding the centenary development of the customary, doctrinal and positive principles of the *jus ad bellum* can indicate some just and universally acceptable solutions.

4 PRINCIPLES OF *JUS IN BELLO*

The *jus in bello*, or the lawful conduct of combatants during armed conflicts, is mostly known as the International Humanitarian Law, for the influence and major role played by the International Red Cross / Red Crescent Committee, since the effort for the systematization of the humanitarian constraints and restraints during the war, by Henry Dunant, and the First Geneva Convention, in 1864.

It was already mentioned that the conventions and treaties concerning the conduct in combat were a result of customary rules and principles, developed after centuries of wars and suffering. It was also explored that *realpolitik* and the prevalence of States as the most important actors in international law, in 19th and 20th centuries, caused a series of massacres and violations of the so-developed customary *jus in bello*. In turn, the WWII and the atrocities thereby committed provided the basis for the conception of United Nations as a world promoter of peace and security and for the rising of ICRC, non-governmental and international organizations in charge of promoting humanitarian aid and relief during armed conflicts.

Nowadays, the *jus in bello* is mostly based in treaties and conventions, mainly connected to the Geneva Conventions (1949), their Additional Protocols (1977), and The Hague Conventions (1899, revised in 1907). Protective rules to non-combatants were established in Geneva, and limitations, means, and methods were subject of The Hague Conventions. Crimes of war were defined, by the Statute of Rome, only in 1998. Additionally, there are plenty of conventions and treaties, not always signed by all the UN nations, which make difficult for the understanding and memorizing of all legal aspects of the conduct of the war.

Rules of engagement (RoE) are usually provided to the troops, since the *jus in bello* deals with the day-by-day conduct during the war and armed conflicts in general. However, these rules of engagement, if likely to cover all the rules of the *jus in bello*, can be too long and detailed for a simple soldier to understand, memorize and mostly use them during the extreme stress caused by the war. In a multinational force, this challenge is even bigger, for there are different political positions, laws and regulations from different countries involved[28].

Publications and rules of engagement usually refer to the main conventions and treaties of the *jus in bello*, which were listed by Bovarnick *et al*. (2010, p. 17-19):

- 1949 Geneva Convention I: protects wounded and sick in the field;

- 1949 Geneva Convention II: protects wounded, sick, and shipwrecked at sea;

- 1949 Geneva Convention III: protects prisoners of war;

[28] The difficulties related to different national patterns for the establishment of rules of engagement, when planning and conducting military actions during the war within a multi-national contingent, was one of the most emphatic remarks made by the Polish Major-General (retired) Andrzej Tyszkiewicz, the first commander of the Multinational Division Central-South, in Iraq 2003-2004, during the *RING* Exercise, in the National Defence University, Warsaw, in June 2014.

- 1949 Geneva Convention IV: protects civilians;

- The Hague 1899 Convention, revised in 1907: focuses on regulating the means and methods of warfare, e.g. tactics, weapons, and targeting decisions;

- 1977 Geneva Additional Protocols: supplemented de 1949 conventions, taking in account the existing gaps in those rules and in those of The Hague Conventions;

- 1925 Geneva Protocol: prohibits the use chemical and biological weapons;

- 1954 The Hague Cultural Property Convention;

- 1972 Biological Weapons Convention;

- 1980 Certain Conventional Weapons Convention;

- 1993 Chemical Weapons Convention.

Additionally, the Resolution XXIII, signed during the UN Human Rights International Conference, in Iran, called upon all States the assistance for both civilians and soldiers to be protected by the of International Law in all armed conflicts, mentioning **principles** such as **limitation**, **protection of civilian's populations** and **distinction**, which is remarkable, from the perspective of this essay.

The principles of the *jus in bello* are few, and they summarize the detailed rules of conventions, treaties and protocols. Basically, those principles were already present in compilations of the customary *jus in bello*, existing even before the conventions of Geneva, The Hague and New York (UN), such as the General Order Nr 100 (USA, 1863) and the Brazilian Instructions of 25 December 1865. The Brazilian Ministry of Defence International Armed Conflicts Handbook (BRASIL, 2012) mentions the following principles, aimed to discipline the conduct of combatants during the war:

- Distinction, as the general rule to differ combatants and non-combatants, which includes prisoners of war, medicals, religious personnel, and private property; cultural heritage, temples, hospitals, schools, women and children are also included;

- Humanity imposes the avoidance of unnecessary suffering, mostly amongst civilians, and the respect for the human rights; collateral damage is to be strongly avoided;

- Limitation, which is related to choses about means and methods of combat; the principle emphasizes the avoidance of unnecessary damage and suffering;

- Proportionality in the use of force: the military goal must be proportional to the employed means and methods, which include attacks to military targets;

- Military Necessity relates the use of force to the aimed military goal; targeting, apart of the respecting the principle of limitation, must be aimed to a specific military purpose.

The ICRC Customary International Law Publication, written by Henckaerts and Doswald-Beck (2009), recognizes and provides details and rules about the same mentioned principles, as a result of an uncontroverted centenary construction of the *jus in bello*, and extend the subject to contemporary concerns, such as peacekeeping missions, dangerous forces and natural environment. Some of those rules, or principles, are summarized below:

- distinction between civilian and combatants;

- distinction between civilian objects and military objectives;

- protection of medical, religious, humanitarian relief, peacekeeping mission's personnel and objects, connected to distinction;

- proportionality in attack;

- prohibition of indiscriminate attacks, related to distinction, proportionality, limitation;

- protection of cultural property, related with distinction;

- precautions in attack and against the effects of attack, very related to limitation, distinction, and avoidance of incidental damages and civilian casualties; precautions must include particular care with works and installations containing dangerous forces;

- special care with natural environment, also related to limitation;

- inviolability of *parlementaires*, a very aged customary principle of the *jus in bello*, existing since the Middle Ages, much earlier than the principles codified in the 19th and 20th centuries;

- principles concerning the usage of weapons: prohibition of unnecessary suffering or superfluous injury; prohibition of weapons which are by nature indiscriminate; prohibition of poisoning, nuclear, chemical, and biological weapons, expanding and exploding bullets etc. – all those principles are particular aspects of the principles of humanity, distinction, and limitation.

By what was exposed during this section, it is clearly noticeable the existence of several conventions, treaties, resolutions, and other written rules

detailing the *jus in bello*. It was already mentioned that, even addressing those rules to the troops by rules of engagement, they are too detailed, sometimes not standardized, and those rules usually specify many other details, complemented by commander's guidance in some other aspects not related to the laws of war. It is indeed confusing and challenging reach full effectiveness concerning the laws of war only using those rules when engaged in battles under intense pressure.

Therefore, the understanding and application of the few existing principles of the *jus in bello* – **humanity**, **distinction**, **limitation**, **proportionality** and **military necessity** – can be one of the most valuable tools for the proper use of means and methods of combat and for the protection of the vulnerable during the war. These principles were developed for centuries, they are part of the military tradition, comprise a moral content, and should not be confused or turned ineffective by the positivism tradition of the international law. Soldiers are in the battlefield, not lawyers. As it was mentioned by Walzer (2006, p. XX):

> [UN] decrees do not command intellectual or moral respect – except among the positivist lawyers whose business is to interpret them. The lawyers have constructed a paper world, which fails at crucial points to the world the rest of us still live in.

5 CONCLUSIONS

The principles of the laws of war, which can be found in current conventions, treaties, internal laws, publications, and military doctrine result from centuries of years of evolution. They are an inherent part of the art of war and cannot be disregarded when any of the subjects of the armed conflicts is discussed.

In short, *jus ad bellum* should be considered as the basis for the strategic and operational planning before moving forces to the theatre, and *jus in bello* should give mandatory guidance for the tactical actions and daily procedures in combat. Therefore, both aspects of the laws of war should be on the fundaments of planning and conduct, and not as something to be checked or to be used to justify an action already planned or executed, as it can still be seen in contemporary crisis and conflicts. This is a matter of changing definitely the perspective of the laws of war, for which should be already the current pattern of their usage as a military science.

The perspective of considering the laws of war the core for any planning or action during armed conflicts directly influences the effectiveness of those rules. Moreover, the integration between the International Law of Armed Conflicts and the military doctrine is necessary for the full implementation of those centenary principles. This integration could be already seen in Brazil in

1865, as it was demonstrated during this essay. Currently, there is such an effort in Brazilian Armed Forces, concerning both aspects of the laws of war, from the strategic to the tactical level:

> Therefore, it will be necessary to permeate the doctrine fundamental aspects related to the International Law of Armed Conflicts (ILAC), from the strategic to the tactical level, compromising planners from the highest level of decision to the executors. Tactics, techniques and procedures, individual and collective, should be grounded in aspects of ILAC, ensuring their implementation in military operations. (BRASIL, 2011, p. 36).

Moreover, the principles hereby analysed could be used for the effectiveness of the laws of war, with some advantages pointed out during this essay: they are few; easily understandable; traditional, for centuries of evolution; generally, part of the military culture and values; and, remarkably, they consist in the fundaments of the main conventions and treaties of the laws of Geneva, The Hague and New York, for those rules were based on these principles.

Therefore, the principles of pacific settlement of disputes, self-defence, necessity, proportionality, and the hereby proposed legitimacy can give general guidance and the fundaments, from the perspective of the *jus ad bellum*, for strategic and operational planning processes.

In turn, the principles related to the conduct during armed conflicts – distinction, limitation, military necessity, proportionality, and humanity – could be fully integrated to handbooks, military doctrine, orders, plans and rules of engagement, in order to facilitate the understanding, reinforce the ethic tradition of the armed forces and make more effective the *jus in bello* as a moral restraint for troops in combat.

Finally, the usage of those principles and its integration to military doctrine and strategic planning directives could lead to fairer wars, with just conceptions and less violations. More than to answer questions about the justice of armed interventions in Ukraine or Middle East, it could help to avoid unjust wars and irregular procedures. Armed conflicts are always pitiful and terrible, but centuries of just war tradition must have positive and effective outcomes in the battlefield and for the humankind.

SELECTED BIBLIOGRAPHY

ALVES JUNIOR, Thomaz. *Curso de Direito Militar*. Tomo I. Rio de Janeiro: Tipografia do Correio Mercantil, 1866.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito Público Internacional:* a *synthese* dos *principios* e a contribuição do *Brazil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.

BOVARNICK, Jeff A.; HARLOW, J. Porter; RUSH, Trevor A.; BROWN, Christopher R.; MARSH, J. Jeremy; MUSSELMAN, Gregory S.; & REEVES, Shane R. *Law of War Deskbook*. Editor: BILL, Brian J. Charlottesville: U.S. Army - International and Operational Law Department - The Judge Advocate General's Legal Center and School, 2010. Available at: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/LOW-Deskbook-2011.pdf. Accessed in 4 May 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Updated to the amendment 78/2014. Brasília: Câmara do Deputados, 2014. Available at: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/constitui caotextoatualizado_ec77-1. Accessed in 21 May 2014.

BRASIL; AMARAL, Antonio José do (Org). *Indicador da Legislação Militar*. Vol 2. Ed. Rio de Janeiro: Tipografia da Gazeta de Notícias: 1863. Catalog number at the Brazilian Army Historical Archive (Arquivo Histórico do Exército): 3966.

BRASIL; AMARAL, Antonio José do (Org). *Indicador da Legislação Militar*. Vol II, 1st part. Ed. Rio de Janeiro: Tipografia da Gazeta de Notícias: 1863. Catalog number at the Brazilian Army Historical Archive (Arquivo Histórico do Exército): 3968.

BRASIL; PENEDO, Francisco Ignacio de Carvalho Moreira, Barão de; & PEREIRA DE BARROS, Jose Mauricio Fernandes. *Constituição politica do Imperio do Brasil:* seguida do *acto addicional*, lei da sua interpretação, e a lei do conselho de estado, *augmentada* com as leis regulamentares, decretos, avisos, ordens e portarias que lhe são relativas e que desde a sua publicação até ao presente se tem expedido. [Constituição (1824)]. Rio de Janeiro: Laemmert, 1855. Available at: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221708. Accessed in 8 June 2013.

BRASIL; MATTOS, Raimundo José da Cunha. *Repertório da Legislação Militar atualmente em vigor no Exército e na Armada do Império do Brasil*. Tomo Primeiro. Rio de Janeiro: Tipografia Imperial e Constitucional de Seignot-Plancher e Companhia, 1834. Indicated in the collection of Rare Works of the National Library of Brazil as: CA, 1, 14. Also available at: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227322. Accessed in 4 July 2012.

BRASIL. *Aviso de 25 de dezembro de 1865*. in *Relatorio* apresentado pelo Ministro dos Negócios da Guerra: Angelo Moniz da Silva Ferraz. Rio de Janeiro: *Typographia* Universal de Laemert, 1866, p. 269-283. Available at Brazilian Army Historical Archive, Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL. Instrucções para o Serviço e Segurança das Tropas em Estação e em Marcha e para a Organisação e Defensa dos Corpos Militares: em *additamento*

às disposições do Regulamento de 18 de Fevereiro de 1763. Rio de Janeiro: *Typographia* Universal de Laemmert, 1865. Available at the Polidoro da Fonseca Quintanilha Jordão Collection (SDP 09), Code SE, Guard Section SDP, Box 4, Package 3, of the Historical Collection of the Brazilian National Archive, Rio de Janeiro.

BRASIL. Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas. Chefia de Preparo e Emprego. MD34-M-03: *Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas*. 1. Ed. Brasília, 2011. Available at: http://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ccopab.eb.mil.br%2Findex.php%2Fpt%2Fensino%2Fmaterial-de-apoio-ao-ensino%2Fdoc_download%2F128-1-manual-de-dica-md-34-m-03&ei=Y-GDU7C-BMKmPeaegLgB&usg=AFQjCNEFcXtLbd9wsDaAKyhhNMWLAOIwrw&bvm= bv.67720277,d.ZWU. Accessed in 24 May 2014.

CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade na aplicação da força em conflitos armados*. Curitiba: Juruá, 2011.

GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra*. Translated to Portuguese by Ciro Mioranza. 2. Ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

HENCKAERTS, Jean Marie; DOSWALD-BECK, Louise. *Customary International Humanitarian Law*. Volume I: Rules. 1. ed, reprinted with corrections. Cambridge: International Committee of Red Cross(ICRC), 2009. Available at: http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf. Accessed in 25 May 2014.

NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION. *The North Atlantic Treaty (1949)*. Washington DC: 1949. Available at: http://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/stock_publications/20120822_nat o_treaty_en_light_2009.pdf Accessed in 31 May 2014.

PIMENTEL, Waldemiro. Contribuição ao Estudo dos Prisioneiros de Guerra do Brasil. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Vol. 306. Rio de Janeiro: 1975. In 1978, this article was reproduced by the Military History Division of the Brazilian Army *Agulhas Negras* Academy, in a publication which name can be translated as *History of the Brazilian Military Doctrine: Treatment Dedicated by Brazil to its Prisoners of War (1654-1945)*.

PINTO, Antonio Pereira. *Apontamentos para o Direito Internacional:* ou *Collecção* completa dos tratados celebrados pelo Brasil com *differentes* nações estrangeiras, acompanhada de uma *noticia historica*, e documentada sobre as convenções mais importantes. Tomo IV. Rio de Janeiro: Typographia Nacional,

1869. Location at the collection of rare works of the Brazilian National Library: 084,004,020.

SILVA GOMES, Túlio Endres da. *Impactos do Direito de Guerra para a Campanha do Exército Brasileiro da Guerra entre a Tríplice Aliança e o Paraguai* (PhD Thesis). Rio de Janeiro: Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, 2013.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1998.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. UN: San Francisco, 1945. Available at: https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf. Accessed in 15 May 2014.

UNITED NATIONS. *Resolution 2444 (XXIII) of the United Nations General Assembly, 19 December 1968. UN:* Available at: http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=7F99C549B16DF20BC12563CD0051D3BC. Accessed in 23 May 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. *General Orders Nr 100: Instructions for The Government of Armies of The United States in the Field*. Prepared by Francis Lieber, issued as the General Orders No. 100 by President Lincoln, in 24 April 1863. Available at: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/Instructions-gov-armies.pdf. Accessed in 25 May 2014.

WALZER, Michael. *Just and Unjust Wars:* a Moral Argument with Historical Illustrations. 4. Ed. New York: Basic Books, 2006.

ZAMOYSKI, Adam. *Poland: a History*. London: HarperPress, 2009.

Nota sobre o autor

Cel Túlio Endres da Silva Gomes

Coronel de Cavalaria, Bacharel em Ciências Militares (Academia Militar das Agulhas Negras - AMAN, 1995) e em Direito (Universidade Estácio de Sá, 2003); Mestre em Operações Militares (Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais – EsAO, 2003) e Doutor em Ciências Militares (Escola de Comando e Estado-Maior do

Exército - ECEME, 2013). Especializou-se em planejamento estratégico-operacional pela Universidade de Defesa Nacional (Akademia Obrony Narodowej), em Varsóvia, Polônia (2014). Além das funções de oficial de cavalaria, foi observador das Nações Unidas na United Nations Mission in Sudan - UNMIS, Sudão, de FEV 2008 a FEV 2009, instrutor da AMAN, de 1998 a 2002 e de 2009 a 2010, e da ECEME, de 2015 a 2018, onde coordenou as disciplinas de geopolítica e história militar e foi instrutor, dentre outras, da disciplina Direito Internacional. Também na ECEME, foi coordenador acadêmico do Curso de Geopolítica, em 2016 e 2017. Foi Comandante do 20º Regimento de Cavalaria Blindado (Campo Grande – MS), de DEZ 2018 a JAN 2021. Atualmente, é Adido do Exército e Aeronáutico junto à Representação Diplomática do Brasil em Lisboa, Portugal. E-mail: tulioendres@gmail.com.

JURISTAS DO IMPÉRIO E CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI
Doutor em Direito pela PUC-SP, com estágio pós-doutoral na Universidade de Lisboa
Professor-pesquisador do PPGD-UNINTER

ANDRÉ PEIXOTO DE SOUZA
Doutor em Direito pela UFPR e Doutor em Educação pela UNICAMP
Professor-pesquisador do PPGD-UNINTER

> A função política dos juristas, na tradição luso-brasileira, data de muitos séculos; e cresceu no tempo. (...) Trata-se de força social, a participação dos legistas, que deita raízes nas obscuras entranhas da própria organização atual da sociedade, mas que remonta no tempo a autênticas tradições (...).
>
> Min. Clóvis Ramalhete

SUMÁRIO: Introdução; 1. Pensamento jurídico e discursos jurídicos no Brasil imperial; 2. Juristas do Império e sua produção – Bernardo Pereira de Vasconcelos, José Antônio Pimenta Bueno, Paulino José Soares de Sousa, Tobias Barreto de Meneses; 3. Elementos para formação de uma cultura jurídica no Brasil. Referências bibliográficas.

Introdução[29]

O jurista é, antes de tudo, um bacharel em direito, um profissional que cursou, nos bancos acadêmicos, uma faculdade de direito, um sujeito efetivamente atuante nos quadros que as profissões jurídicas disponibilizam. É aquele que estuda e professa a ciência do direito, seus assuntos, institutos, princípios e questões; conhece e interpreta o direito. É o sabedor do direito.

Derivativo do jurisconsulto, aquele que no Direito Romano vinculava seus pareceres e entendimentos à força da lei, e cujas opiniões acerca do direito, advindas da prática, formavam doutrina jurídica, o jurista conhece profundamente a "ciência" do direito, sua técnica, sua especificidade, a partir das quais suas opiniões, para além da doutrina jurídica, assumem caráter de autoridade perante o universo jurídico e, mesmo, perante a sociedade.

---

[29] Excertos revisados e articulados das teses de doutorado – UFPR e UNICAMP – do coautor André Peixoto de Souza, em que, na UNICAMP, o coautor Alexandre Coutinho Pagliarini figurou na qualidade de membro avaliador.

Há, em verdade, um *plus* que deve adjetivar esta pessoa. Neder define jurista como "os bacharéis [todos aqueles formados em direito] que atingem notoriedade e respeitabilidade, quer pela via política, quer pelo brilhantismo e pela erudição com que pautam sua carreira, geralmente marcando suas atividades com a formulação de argumentos notáveis sobre a organização social e política do país" (NEDER, 1995, p. 99).

É claro que deve ser distinguida a figura do jurista com a do bacharel. A autora chega a afirmar que na virada do século XIX existiam duas figuras peculiares nos bastidores do poder: os juristas e os bacharéis. Obviamente ser bacharel era (e ainda é) condição para ser jurista, este quem domina um abrangente campo de saber, dotado de formação humanística capaz de contribuir para com uma atuação mais expressiva, reflexiva e ideológica na construção de uma ordem nacional.

Modernamente, como dito, o jurista provém, necessariamente, das escolas de direito, não sendo possível imaginar essa "classe" independentemente de formação superior regular. A palavra (ou o título) "jurista" não designa, na linguagem coloquial, uma profissão propriamente dita. Para além disso, impõe um *ônus* ao seu usuário: o da notoriedade, o da respeitabilidade, o do destaque, o do brilhantismo e erudição. Aos estudantes de direito, expectativas necessárias de juristas, são proporcionados um mínimo de conhecimento jurídico que lhes deve servir como base suficiente para uma determinada atividade jurídica.

Qualquer formação sociopolítica que invoque o Estado como seu organizador exige que deste emane um conjunto normativo, jurídico por excelência, o que demanda atuantes do direito e juristas que, em primeira análise, serão os arquitetos e os construtores do arcabouço legislativo da nação. Cabe distinguir uns dos outros: operadores do direito aplicam as regras no caso concreto, "operam" o sistema jurídico-político, postulam, contestam e dão soluções; os juristas, aquém, conhecem o direito, fazem e instrumentalizam aquilo que será operado. Possuem os juristas a capacidade de, antes de tudo, e mais alto do que todos (com visão macroscópica), diferenciar o justo do injusto, o lícito do ilícito, assimilar a principiologia das regras, que se constituirão em leis ou em tendências normativas e jurisprudenciais. Com percepção geral do direito – e não um detentor, necessariamente, do saber especializado – conduz sociologicamente (e historicamente) a tendência da normatividade no contexto em que se encontra.

Espera-se do jurista uma caracterização peculiar: que detenha cultura, capacidade de abstração, de percepção, e uma postura rigorosamente ética, comprometida com a missão de ditar as implementações de conduta para toda uma comunidade jurídica.

Assim, a "doutrina" é o produto científico do jurista, a obra que reflete o entendimento apurado de quem se debruçou arduamente sobre determinado tema de direito. O resultado do estudo e da percepção do jurista acerca das matérias relacionadas à aplicação das condutas humanas no campo jurídico. Doutrina – teoria, ensino ou formação teórica – advém de "doutor", termo etimologicamente cunhado para os pensadores ligados à filosofia romana (*doctore sapientiae*) e depois aos juristas do medievo (*doctore juris*), donde se verifica a *communis opinio doctorum*.

O jurista se mescla no fato social e na regra de conduta. Extrai da sociedade as suas limitações possíveis e devidas; retira do direito o ordenamento que deva ser praticado, o alcance fático das normas jurídicas, hipotéticas ou postas.

É certo que a produção dos juristas se coaduna com premissas, com comprometimentos, com formação prévia – ideológica, socioeconômica, religiosa – mas quanto mais "imparcial", ou, melhor dizendo, "neutra" sua *opinio*, eivada de maior credibilidade será. Pois o pensamento livre, isento de compromissos político-ideológicos, ou mesmo econômicos, brinda o mundo jurídico com conhecimento científico![30] E eis o verdadeiro produto dos juristas: ciência jurídica.

Nas profissões jurídicas podem aparecer as mais diversas combinações, que se modificam de múltiplas maneiras no curso da história: a "profissão jurídica", assim, um conceito da história da cultura jurídica! A exemplo, a atividade jurisdicional, a atividade administrativa, a proteção de interesses jurídicos alheios, a formulação de normas de direito: juízes, advogados, funcionários administrativos, especialistas em redação de disposições legais (legisladores), assessores de todos esses!

Em artigo redigido por Hespanha, resta clara a história dos juristas como partícipes de uma luta política, ou seja, da "luta pelo poder de dizer o direito". O papel dos juristas no cenário político, ou melhor, o "lugar dos juristas" no cenário do legalismo ("fazer as leis"), desde os finais do século XVIII até aos meados do século XX, era este: "actuavam, antes do acto do legislador, como especialistas, de filosofia ou de política, assessorando o Príncipe ou integrando as comissões preparatórias de legislação, num caso ou noutro formulando propostas de política do direito, a ser apreciadas pelo legislador" (HESPANHA, 2008, p. 160).

---

[30] Sem adentrar aqui à clássica discussão acerca da imparcialidade no conhecimento científico, como consta na sociologia do conhecimento de, dentre outros, LÖWY, 1994. Até porque, especialmente na formação do Estado-nação brasileiro, inexistem neutralidades, pois toda a arquitetura burocrática do Império foi constituída de acordo com os interesses das elites, que desde a sua representação formatava e guiava as suas próprias estruturas de dominação.

As relações íntimas entre direito e política, ou melhor, entre "juristas" e "políticos", também dão conta da importância da classe dos juristas na construção de um projeto político nacional. E Hespanha aborda, em perspectiva histórica, o conceito de juristas doutrinários, por assim dizer:

> Uns, mais próximos das posições românticas e doutrinárias – como Basílio Alberto de Sousa Pinto – com declarações rotundas sobre o primado da razão, da "natureza" e do temperamento dos povos, sobre as decisões de efêmeros arranjos políticos nas Câmaras. Outros, embora perfilhando ideais políticos mais próximos das posições democráticas – como Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886) – reclamando os direitos da "filosofia" na conformação do direito. Outros, por fim, com perfis mais "técnicos" do que "ideológicos", invocando ou a tradição dogmática, desde os praxistas até aos autores portugueses pós-liberais – como é o caso de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), J. H. Correia Teles –, ou o consenso dos códigos modernos das nações mais polidas, nomeadamente a lição do *Code Napoléon* – como é o caso de Manuel António Coelho da Rocha (1793-1850) ou José Dias Ferreira (1837-1907). (HESPANHA, 2008, p. 165-166).

O que bem resume a sinceridade das opiniões a respeito de uma "classe" ainda em formação, em pleno século XIX europeu.

Percebe-se, por exemplo, que de toda a burocracia herdada pelo Brasil de Portugal – e apesar de estar a magistratura bem organizada, sendo talvez a instituição melhor estruturada no estamento burocrático, com um quadro de profissionais bem distribuídos para a ocasião, correspondendo, pois, a uma camada privilegiada e unida por ideologias, crenças, valores e práticas peculiares, em suma, e não obstante – os magistrados, produtores da jurisprudência possível em princípios de Império, acabavam servindo ao legislativo, à fábrica de regras, transformando-se nos primeiros agentes de articulação política para a consolidação do Estado-nação brasileiro. É assim que Wolkmer sintetiza essa ideia: "na prática, o poder judicial estava identificado com o poder político, embora, institucionalmente, suas funções fossem distintas" (WOLKMER, 1998, p. 93).

É possível, no entanto, que o problema seja mais fundo, algo de natureza estrutural. Hespanha consegue, assim, destacar um vício, um conjunto de "defeitos estruturais" na magistratura portuguesa do século XIX, movida por idiossincrasias ou interesses pessoais, o que, aliás, não está longe da prática desenvolvida no Brasil imperial. Grossi bem sintetiza, criticamente, a caracterização da categoria dos juristas na história:

> Há duzentos anos – e em boa parte ainda hoje, malgrado a percepção de algumas consciências vivas e culturalmente vigilantes durante o decorrer no século XX – o jurista viveu e vive docilmente o papel que lhe foi destinado pelo poder político, completamente inclinado

> a um breviário de verdades indiscutíveis esculpidas por aquele poder por meio de um tipo de tábua sagrada de Moisés: o Estado, como representante e intérprete da vontade popular, com o conseqüente corolário do primado da lei como voz do Estado e obviamente como manifestação genuína da vontade geral; o extremamente rígido princípio da legalidade; o extremamente rígido e efetivado princípio da divisão dos poderes, com a absoluta reserva ao poder legislativo (isto é, político) da produção do direito (GROSSI, 2006, p. 86).

Apesar do estranhamento desse papel submisso do jurista – o campo do "ser" – aponta Grossi pelo campo conceitual, o "dever-ser" do jurista, de forma a evoluir historicamente para o ponto fulcral da produção do direito. Desde o *Cinquecento* este é o encadeamento:

> No mundo moderno o problema da produção do direito foi resolvido de forma simples e coerente: o direito está incluído entre os objetos relevantes para o Estado; o que significa arcar com o monopólio da produção do sistema de fontes, ou seja, hierarquizando e reduzindo substancialmente a uma lei, entendida como expressão da vontade suprema do Estado. A rota da cultura jurídica moderna do século XVI em diante evidencia uma crescente vinculação do direito ao poder político, de um crescente totalitarismo jurídico que não só será negado pela burguesia dominante, mas cada vez mais tomado de forma absoluta pelo onivalente instrumento Código (*Idem*, p. 154).

Para Grossi, esta é a demonstração de que, de uma vez por todas, ao menos em plena modernidade, o papel do jurista está diretamente atrelado à produção da política.

1 Pensamento jurídico e discursos jurídicos no Brasil imperial

Desde a independência, primeira manifestação política do Brasil, a constituinte de 1823 consagra-se como importante acontecimento no contexto das novas manifestações jurídicas do País. A convocação da Assembleia Constituinte, no escopo de reforçar a vocação do Brasil para um País independente[31], consolida o encontro de juristas para pensar a nova nação. Assim lembra Mota: "Ao todo, na Assembleia contavam-se 16 padres, dois matemáticos, dois médicos, dois funcionários públicos, sete militares, sendo a grande maioria constituída de bacharéis em Direito, juízes e desembargadores" (MOTA, 2006, p. 111).

[31] Esse dado pode ser conferido no discurso de D. Pedro I, por ocasião da instalação da Assembleia, em 3 de maio de 1823: "É hoje o dia maior que o povo do Brasil tem tido, dia em que ele, pela primeira vez, começa a mostrar ao mundo que é Império, e Império livre. Quão grande é o meu prazer, vendo juntos representantes de quase todas as províncias, fazerem conhecer umas às outras seus interesses, e sobre eles basearem uma justa e liberal constituição que os reja" (MOTA, 2006, 112).

Apesar do furor com que foi recebida a Assembleia Constituinte, os temas em discussão eram, obviamente, antagônicos em interesses. "Portugueses" e "brasileiros" disputavam espaço principalmente no tocante às questões de liberdade econômica, do juízo de defuntos e ausentes, e, desde já, do abolicionismo. Como era de se esperar, o Imperador dissolveu a Assembleia em novembro de 1823, mediante prisão e deportação de vários constituintes.

Logo em 1824, D. Pedro I aproveitou o ensejo para, juntamente com o recém-implantado Conselho de Estado, outorgar a primeira Carta Constitucional do novo Império, que reforçou o seu próprio poder a partir da criação do Poder Moderador.

Mesmo na contramão do espírito democrático que pairava sobre esse novo tempo, é fato que a Constituição de 1824 – e o contexto da Assembleia Constituinte – constituiu o primeiro documento jurídico-político de relevância para a verificação de uma cultura jurídica brasileira. Na Regência e no Segundo Reinado é possível observar ampla produção jurídica doutrinária gerada a partir da vigência da Carta de 1824.

Carvalho aponta na "ocupação" dos juristas um dos principais aspectos de consolidação da homogeneidade discursiva no tocante ao ideário de um pensamento jurídico brasileiro. "Na medida em que o recrutamento de uma determinada elite política se limite aos membros de algumas poucas ocupações, aumentarão os índices de homogeneidade ideológica e de habilidades e interesses" (CARVALHO, 2007, p. 95). E o arcabouço burocrático acabou, inevitavelmente, a ser preenchido por essa elite, que representava aproximadamente 0,1% da população, de acordo com o censo de 1872. Nesse sentido, os magistrados "apresentavam a mais perfeita combinação de elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estatismo. Na verdade, foram os mais completos construtores de Estado no Império" (*Idem*, p. 99).

Mas ainda é necessário retornar – e reforçar – a distinção entre bacharel e jurista. O bacharelismo, apontado desde Holanda e Faoro, reassume em Carvalho o papel coadjuvante que lhe é peculiar, diante da magnitude do conceito de jurista:

> Um bacharel é simplesmente alguém com diploma em direito, embora alguns pudessem ser bacharéis em matemática ou em letras. De qualquer modo, o progressivo aumento do número de pessoas cuja única qualificação era bacharel parece indicar com clareza o problema já apontado do crescente excedente de formados em direito em relação às posições na magistratura. No início, os jovens graduados podiam conseguir rapidamente um cargo de promotor ou juiz municipal ou juiz de órfãos. Posteriormente, isso se tornou cada vez mais difícil e os jovens deputados sem emprego público e ainda não estabelecidos como

> advogados seriam classificados pelo secretário da Câmara, ou eles próprios se classificariam, simplesmente, como bacharéis, o que lhes dava pelo menos o prestígio do título (*Idem*, p. 106).

Esse fator gera consequência direta no atual bacharelismo, especialmente no Brasil, onde ampla gama de recém-formados penam um cargo qualquer, dadas as limitações mercadológicas para a advocacia, assim como as limitações orçamentárias para o serviço público (aos cargos na magistratura, no Ministério Público, nas procuradorias *etc*.).

2 Juristas do Império e sua produção

Ricardo Marcelo Fonseca percebe com rigor a inegável ruptura, sob o ponto de vista da produção cultural – e consequentemente jurídica –, dos laços Brasil-Portugal no decorrer do século XIX, após o que "o Brasil coloca-se de modo explícito o desafio de elaboração de uma identidade nacional separada da herança portuguesa", desafio esse fulcrado no "evidente esforço de construir os símbolos, os heróis e traços de uma "identidade brasileira"" (FONSECA, 2006, pp. 344-345). E, nessa esteira, formula um roteiro que se permite avançar ao conceito de "cultura jurídica brasileira" a partir da percepção entre os juristas do Império brasileiro e suas formas de atuação. Na primeira fase, cumpre "identificar alguns dos traços intelectuais marcantes do jurista brasileiro deste período, com a intenção, sobretudo, de perceber neste período uma mudança nas suas matrizes teóricas e na sua visão do direito" (*Idem*, p. 349). E num segundo aspecto, é mister:

> identificar o perfil do jurista no que diz respeito à sua postura diante dos saberes e da academia, na sua relação com a vida pública e com os saberes das chamadas "humanidades", pois a partir daí, segundo se crê, pode-se aproximar do modo como o jurista se vê diante da tarefa da construção de uma cultura jurídica, do *modo de ser* do jurista enquanto intelectual. A atitude do jurista diante do conhecimento, da academia e de seu próprio papel na sociedade (seu modo de ser), em boa medida é que vai explicar como e porque este mesmo jurista produz esta ou aquela forma de conhecimento (seu modo de pensar), sendo frutífera, portanto, a sua análise paralela (*Idem*, p. 350).

Portanto, para cumprir esse projeto, o autor analisa "lentes" e suas obras, e percebe, com os *Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso Jurídico de S. Paulo* – 1829, de José Maria de Avelar Brotero, e com a *Philosophia elementar do direito público – interno, temporal e universal* – 1867, de José Maria Correia de Sá e Benevides, que "boa parte da reflexão jurídica deste período está marcada por uma penetração um tanto problemática do racionalismo iluminista europeu, que ingressa no meio cultural do direito num ecletismo de concepções teóricas de difícil conciliação. Em verdade este acaba se inserindo,

nesta fase da cultura jurídica brasileira, embutido numa concepção escolástica de direito natural" (*Idem*, p. 353).

No segundo molde, estão em voga as doutrinas de Augusto Teixeira de Freitas (a análise é da "famosa *Introdução*" das *Consolidações das Leis Civis*, de 1857), e de Francisco de Paula Batista (a partir do *Compêndio de hermenêutica jurídica para uso das Faculdades de direito do império*. 3ª ed., 1872). E "nos discursos destes juristas não só uma razão laica aparece como fundamento de um novo tipo de jusnaturalismo (e em alguns casos a superação do jusnaturalismo) como também surge a necessidade do elemento "científico" na atividade do jurista. Em outros termos, o jurista deve proceder a sua análise com rigor teórico, nos padrões daquilo que o tempo definia, de maneira forte, como ciência" (*Idem*, p. 356).

Assim sendo, na pista deixada por Fonseca, há que se estudar alguns aspectos de juristas do Império brasileiro, no foco de perceber a cultura jurídica brasileira em formação naquele período histórico.

"Escolher" juristas e produções jurídicas é, talvez, a principal dificuldade para uma pesquisa que se propõe analisar a formação da cultura jurídica no Brasil, afinal, os critérios de eleição não conseguem ser objetivos. No interior dos discursos é que se percebe a guinada interpretativa de autores, e não é possível estabelecer um rol de autores "originais" sem, no entanto, travar contato com uma lista enorme de obras no decorrer de quase um século de uma densa história.

Nessa pesquisa, optou-se destacar os juristas que, por suas trajetórias no campo jurídico e, inevitavelmente, no campo político, e por suas ideias e produções teóricas, puderam contribuir para com as transformações da nova sociedade que se formava. O trabalho não consegue esgotar a análise pertinente, mas serve como contributo para uma hermenêutica da cultura jurídica, ao menos publicista, que nasce juntamente com o Império brasileiro.

Merece destaque, pois, as produções e obras "publicistas", porquanto carregadas de interesse e vínculo direto com o poder estabelecido, mas que no seu interior demonstram a preocupação dos juristas em estabelecer relação honesta do Estado para com os cidadãos brasileiros. Retornando a uma inspiração originária e florentina: o direito se forma na relação social, vai ao ente público para ser formalizado, e retorna ao particular para lhe ser útil e adequado.

A opção por estes "juspublicistas" se justifica na medida de sua originalidade na construção doutrinária em direito público, uma vez que – não só no Brasil – ela vem sendo criada a partir do século XIX. Pois antes de 1822 havia uma discussão jurídica, na esteira do entendimento de Hespanha, no sentido de praticidade judicial e administrativa (portanto, não "formal", não "culta"), porém, atrelada aos problemas dos particulares, e não no regime de

direito público propriamente dito (até porque a juspublicística nascerá com os princípios e critérios hermenêuticos do direito privado, para somente ao longo do século XIX estabelecer um "regime jurídico" peculiar).

Longe de estabelecer critérios individuais ou positivistas (ou tradicionais, para se falar em historiografia), a análise desses nomes foca especialmente a cultura jurídica que pode ser extraída a partir de alguns expoentes que estão comprometidos com a construção da nova nação.

As razões que justificaram a seleção dos mesmos e sua pertinência em relação à problemática abordada será explicitada ao analisarmos a contribuição de cada um desses juristas para a constituição do sujeito político, bem como as relações existentes entre seus discursos e produções.

Primeiramente, relacionamos os monarquistas e conservadores do Império, conforme quadro abaixo:

Bernardo Pereira de Vasconcelos

> Fui liberal; então a liberdade era nova no país, estava nas aspirações de todos, mas não nas leis, o poder era tudo: fui liberal. Hoje, porém, é diverso o aspecto da sociedade: os princípios democráticos tudo ganharam e muito comprometeram; a sociedade, que então corria risco pelo poder, corre agora risco pela desorganização e pela anarquia.
>
> Como então quis, quero hoje servi-la quero salvá-la; e por isso sou regressista. Não sou trânsfuga, não abandono a causa que defendo, no dia dos seus perigos, de sua fraqueza; deixo-a no dia em que tão seguro é o seu triunfo que até o sucesso a compromete. Quem sabe se, como hoje defendo o país contra a desorganização, depois de o haver defendido contra o despotismo e as comissões militares, não terei algum dia de dar outra vez a minha voz ao apoio e a defesa da liberdade?...Os perigos da sociedade variam; o vento das tempestades nem sempre é o mesmo: como há de o político, cego e imutável, servir no seu país?

Nascido aos 27 de agosto de 1795, em Vila Rica, Minas Gerais, foi um jurista, jornalista e político dos mais ativos no primeiro reinado e no período regencial, sendo considerado, sob o ponto de vista legislativo, um dos grandes construtores do Brasil imperial. Obteve formação jurídica em Coimbra, entre 1814 e 1818, ao lado de nomes importantes ao futuro do Império, tais como José da Costa Carvalho, Caetano Maria Lopes Gama, João Bráulio Muniz, dentre muitos outros, retornando ao Brasil em 1820.

Após curta e frustrada tentativa de estabelecer carreira jurídica no Brasil, seja como juiz de fora em Guaratinguetá, seja como ouvidor de Vila Rica, ou até como desembargador no Maranhão, cargos que, embora pleiteados, jamais chegou a ocupar, conquistou em 1824 uma cadeira na Assembleia Geral Legislativa do Império, inaugurada em 6 de maio de 1826. E foi nas estruturas de poder que passou o resto de sua vida, como Deputado,

Senador e Ministro do Império, sendo considerado por muitos (dentre eles Joaquim Nabuco) o orador mais combativo, eloquente, sarcástico e convincente das tribunas. Ousou e surpreendeu quando prestou contas de sua atuação parlamentar ao seu eleitorado, ao publicar, em 1828, a *Carta aos Senhores Eleitores da Província de Minas Gerais*.

Partícipe como relator da primeira "comissão dos cinco", tradicional formação de debates parlamentares no Império por ocasião da Assembleia Geral de 1826, juntamente com Januário da Cunha Barbosa, Almeida e Albuquerque, Nicolau de Campos Vergueiro e Lúcio de Gouveia, um de seus primeiros projetos, apresentado em 7 de agosto do mesmo ano, foi a proposta de criação do Supremo Tribunal de Justiça, que efetivamente fora convertido em lei, abolindo assim, em 1828, o Desembargo do Paço.

A contribuição que consagra o seu nome na história do Brasil imperial e que lhe impõe o mérito de jurista do Império é o projeto de Código Criminal, apresentado em 1827 e aprovado em 1830. A análise deste documento será realizada em tópico apartado, articulando o texto com o ideário representativo do contexto histórico pertinente. Antes disso, no entanto, cabe observação de cunho relacional, capaz de revelar as intenções e perspectivas do jurista diante do quadro de pretensa cidadania (sujeição política) no Império.

Em toda a sua trajetória política, como parlamentar pelo tempo de 23 anos, Vasconcelos redigiu e proferiu inúmeros discursos parlamentares, havendo muitos deles sido registrados em *Anais da Câmara dos Deputados* e em *Anais do Senado*. É detentor de vasta bibliografia, apesar de sua dedicação quase exclusiva à política imperial, merecendo especial destaque os relatórios ministeriais de 1832 e 1838, onde o caráter e o viés jurídico se revelam na força política e na lucidez de sua redação.

O Código Criminal

Nas últimas sessões de 1826, Bernardo Pereira de Vasconcelos disponibilizou o projeto do Código Criminal do Império, trabalho esse que, por si só, marcaria o avanço das ideias liberais no Brasil e perpetuaria o nome de seu autor. Desse projeto sairia, quatro anos depois, com algumas incorporações do projeto de José Clemente Pereira, o Código Criminal do Império.

Merece especial análise, encadeada nos "pontos cardeais" do legalismo, das fontes de direito, da soberania e da hermenêutica jurídica, o próprio *Código*, eis que fruto da estruturação deste jurista.

A primeira parte, que traz a abordagem *dos crimes* e *das penas*, demonstra, de plano, na sinonímia de crime com delito, o princípio da

anterioridade da lei penal. Conceitua crime como a ação ou omissão voluntária estritamente contrária à lei penal, na forma tentada ou consumada. Além disso, dispõe que a simples ameaça "de fazer algum mal a alguém" configura, igualmente, tipo penal.

Mas o dolo aparece como condição conceitual: pois não há crime "sem má-fé", ou seja, que desconheça o mal, bem como que não o intencione praticar.

Na teoria do crime apresentada por Bernardo Pereira de Vasconcelos, aparecem crimes (sofisticados para a época) contra o abuso da liberdade de comunicação e de pensamento, imputando ao impressor, ao gravador, ao "litógrafo", ao editor a devida responsabilidade penal.

Quanto à inimputabilidade penal, resta clara a influência do código francês, destituindo os menores (de 14 anos), os loucos e aqueles que "cometerem crimes violentados por força ou por medo irresistíveis" (artigo 10, 3º). Há, nesse ponto, o prenúncio do instituto da legítima defesa, assim disposto: "Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinária" (artigo 10, 4º); e "Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: (...) Quando fôr feito em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos" (artigo 14, 2º). Condicionado, no entanto, à observação dos seguintes requisitos: "1º Certeza do mal, que os delinquentes se propozeram evitar; 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 3º O não ter havido da parte delles, ou de suas familias provocação, ou delicto, que occasionasse o conflicto". Aliás, decidiu-se, na Relação (gerando jurisprudência), que o crime cometido em defesa própria somente seria aceito como justificável se fossem comprovados os requisitos de sua validade (VASCONCELLOS, 1860, p. 12).

Apontou o Código, outrossim, as circunstâncias agravantes e atenuantes, assim consistentes: seriam agravantes as circunstâncias de haver o criminoso cometido o delito, alternativamente, à noite, em lugar ermo, premeditadamente, mediante fraude, com abuso de confiança, vislumbrando recompensa, com emprego de veneno, incêndio ou inundação, com arrombamento ou invasão de domicílio, com surpresa ou disfarce "para não ser conhecido", em reincidência, mediante concurso de pessoas, por "motivo reprovado ou frívolo", contra idoso "tanto que possa ser seu pai", com superioridade de sexo, força ou armas, com grau de parentesco ou qualquer outro "que o constitua á respeito deste em razão de pai" (artigo 16, 1º a 17).

Já o crime seria atenuado quando fosse o caso de haver o "delinquente" cometido para evitar mal maior, em defesa própria ou de terceiro, em desafronta a "injuria ou deshonra" ou a ameaça ou a provocação,

em estado de embriaguez, se menor de vinte e um anos, ou ainda sem conhecimento do mal ou sem intenção de praticá-lo (artigo 18, 1º a 10).

Uma teoria da justiça presente no capítulo IV da primeira seção previa a "satisfação" do dano causado com o delito, o que deveria, o mais possível, se aproximar da restituição do bem jurídico legalmente tutelado.

No que tange às penas, presente está o idêntico princípio da legalidade, determinando a punição na conformidade das penas previamente estabelecidas (artigo 33). Prevista esteve a pena de morte, pela forca (artigo 38), a qual deveria ser executada "no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na vespera de domingo, dia santo, ou de festa nacional". Além desta, o Código previra as penas de prisão simples, de galés, de prisão com trabalho, de banimento, de degredo, de desterro, de multa, de suspensão de emprego e de açoite (artigos 38 a 64).

Quanto à aplicabilidade da pena, José Marcellino Pereira de Vasconcellos bem comenta o artigo 46, tratando da pena de prisão com trabalho, nos seguintes termos:

> Na pena de prisão com trabalho, nos lugares onde houver casa de correcção, só deve considerar-se começada a execução da sentença, depois que for á ella effectivamente recolhido o réo condemnado, cumprindo aos Juizes da execução terem attenção, sob sua responsabilidade, ao art. 83 § 1º da Lei de 3 de Dezembro de 1841. – Nos lugares porém onde não houver casa de correcção, deve contar-se o tempo de prisão effectiva com o augmento da sexta parte, na fórma do art. 49 do presente Codigo, desde a data em que se tiver proferido a sentença, ainda quando se haja della apelado (*Idem*, p. 22).

A parte segunda do Código criminal é aberta com a legitimação do Império, quando trata *dos crimes contra a independencia, integridade, e dignidade da nação*. São considerados crimes contra a existência política do Império, e inauguram a "parte especial" do Código ("dos crimes publicos").

Dessa forma, configuram crime – quase todos passíveis de pena de prisão perpétua e/ou com trabalho, ou de banimento – tentar destruir a integridade ou independência do Império, provocar uma nação estrangeira a declarar guerra contra o Império, ou auxiliá-la nesse propósito, ou tomar armas contra o Império em bandeira inimiga, comprometer a paz cometendo hostilidades a outras nações, violar ou comprometer tratados internacionais, entregar território do Império de que esteja na posse a inimigo ou nação estrangeira, exercer pirataria (artigos 68 a 84).

Implicam ainda os crimes contra a constituição do Império e a forma de governo, bem como contra o chefe de governo. Merecem destaque os crimes

de conspiração ("Concertarem-se vinte pessoas ou mais, para praticar qualquer dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dous, não se tendo começado a reduzir a acto", artigo 107), de rebelião ("Julgar-se-ha commettido este crime, reunindo-se uma, ou mais povoações, que comprehendam todas mais de vinte mil pessoas, para se perpetrar algum, ou alguns dos crimes mencionados nos artigos sessenta e oito, sessenta e nove, oitenta e cinco, oitenta e seis, oitenta e sete, oitenta e oito, oitenta e nove, noventa e um, e noventa e dous", artigo 110), de sedição ("Julgar-se-ha commettido este crime, ajuntando-se mais de vinte pessoas, armadas todas, ou parte dellas, para o fim de obstar á posse do empregado publico, nomeado competentemente, e munido de titulo legitimo; ou para o privar do exercicio do seu emprego; ou para obstar á execução, e cumprimento de qualquer acto, ou ordem legal de legitima autoridade", artigo 111), de insurreição ("Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força", artigo 113) e de resisténcia ("Oppôr-se alguem de qualquer modo com força á execução das ordens legaes das autoridades com potentes", artigo 116).

O título que trata dos crimes contra a administração pública veicula os seguintes tipos penais: prevaricação, peita[32], suborno, concussão, "excesso, ou abuso de autoridade, ou influencia proveniente do emprego"[33], "falta da exacção no cumprimento dos deveres", falsidade, perjúrio, peculato, contrabando e "destruição ou damnificação de construcções, monumentos, e bens publicos" (artigos 129 a 178).

A terceira parte do Código (a sequência da "parte especial") encadeia o rol de crimes particulares. Antes o público, depois o privado!

Os crimes contra a liberdade individual são inaugurados com a objeção à escravidão: "Reluzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade" (artigo 179). E os crimes contra a segurança individual são iniciados com o homicídio: "Matar alguém com qualquer das circumstancias aggravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete" (artigo 192). Suas derivativas estão bem elencadas: infanticídio, "ferimentos, e outras offensas physicas", ameaça, entrada na casa alheia, violação de correspondência (artigos 197 a 218); além dos crimes contra a honra: estupro, rapto, calúnia e injúria, (artigos 219 a 246); e dos crimes contra a família: matrimônio contra as leis do Império, poligamia,

[32] "Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei", artigo 130.

[33] "Arrogar-se, e effectivamente exercer sem direito, ou motivo legitimo, qualquer emprego, ou funcção publica", artigo 137.

"parto supposto, e outros fingimentos"[34], (artigos 247 a 256); e dos crimes contra a propriedade: furto, bancarrota e estelionato, dano e roubo (artigos 257 a 275).

Comentando Vasconcellos os tipos penais dos crimes contra a segurança individual, por uma consequência peculiar (escravidão) no regime de agravante (ou seja, artigos 192 e seguintes combinado(s) com artigo 16, § 7º), assim aduz:

> Serão punidos com a pena de morte os escravos, ou escravas que matarem, por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente, ou fizerem qualquer outra grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes que em sua companhia morarem, o administrador, feitor, e as suas mulheres que com elles viverem. (Lei de 10 de Junho de 1835, art. 1º) (...)
>
> Os escravos ou escravas que ferirem, ou commetterem offensas physicas levemente contra seu senhor, sua mulher, descendentes, ou ascendentes que em sua companhia morarem, contra administrador, feitor, e as suas mulheres, serão castigados com açoutes, em proporção das circumstancias mais ou menos aggravantes. (Art. 1º da Lei de 10 de Junho de 1835.) (*Idem*, pp. 76 e 78).

E assim se manifesta no que tange à representação para a ação penal:

> A punição dos crimes particulares depende, em regra, da queixa do offendido; e para que os seus autores possão ser perseguidos *ex-officio* ou por denuncia do Promotor Publico e de qualquer pessoa do povo, mister é algumas das seguintes circumnstancias: – Ser o offendido pessoa miserável; ser o crime (pelo grão da pena) inafiançavel; ser o delinquente preso em flagrante. (Arts. 73 e 74, §§ 1º e 6º do Codigo do Processo, e 263 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842.) (*Idem*, p. 69).

Uma última parte ("parte quarta") dispõe sobre os "crimes policiaes": ofensas da religião, da moral e dos bons costumes, sociedades secretas[35], quadrilha ("ajuntamentos illicitos"), vadiagem e mendicância, uso de armas, fabrico e uso de instrumentos para roubo, uso de nomes supostos e de títulos indevidos e uso indevido da imprensa (artigos 276 a 307).

Trata-se de Código bastante satisfatório, muito amplificado para o período, e que demonstra a verve liberal de seu relator, merecedor de

---

[34] "Fingir-se a mulher prenhe, e dar o parto alheio por seu, ou sendo verdadeiramente prenhe, substituir a sua por outra criança; furtar alguma criança, occultal-a, ou trocal-a por outra", artigo 254.

[35] "A reunião de mais de dez pessoas em uma casa em certos, e determinados dias, sómente se julgará criminosa, quando fôr para fim, de que se exija segredo dos associados, e quando neste ultimo caso não se communicar em fórma legal ao Juiz de Paz do districto, em que se fizer a reunião", artigo 282.

consideração, pois, no âmbito do direito público "aplicado", capaz de contribuir definitivamente para com a formação da cultura jurídica brasileira.

É notável que as bases do Código Criminal do Império resgatam preceitos e ditames da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, pois em toda a sistemática, de plano legislativo, que trata especialmente da "teoria da pena" resta encadeado o espírito revolucionário (iluminista, em verdade) que atribui ao homem – à vida e à liberdade – o maior valor que a política e o direito podem consagrar.

O texto de 1789, de ideias libertárias e liberais, proclama direitos fundamentais do homem, e, apesar de haverem sido inscritos no Brasil na Carta de 1824 (artigo 179), receberam sistematização contundente no projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Obviamente a letra da lei estava imbuída de certa literalidade que recebeu a respectiva carga interpretativa nas análises de casos concretos, o que não desmereceu o Código Criminal, em vigor durante todo o Império brasileiro (e até 1891, quando fora substituído pelo novo Código Penal republicano "dos Estados Unidos do Brasil").

José Antônio Pimenta Bueno

É provável que tenha nascido em Santos, no ano 1803, onde e quando foi registrado por José Antônio Pimenta Bueno, médico que o teria adotado. Estudou direito na primeira turma da Faculdade de São Paulo, no Largo São Francisco, lá havendo ingressado em 1828 e colado grau em 1832. Toda sua carreira, iniciada na magistratura e encerrada em Gabinete imperial, se deveu mais à sua reputação como jurista e à simpatia de D. Pedro II do que como político ou orador. Em seguida ao bacharelado, assumiu o cargo de magistrado, sendo deputado provincial em 1834. No ano seguinte foi nomeado presidente da província de Mato Grosso, e em 1837 retoma a carreira inicial. Em 1843 foi indicado a desembargador da Relação do Maranhão. Entre 1844 e 1847 torna-se diplomata, assumindo missão no Paraguai. Em 1847 é indicado para o Ministério da Justiça, no gabinete de Manuel Alves Branco. Em 1850 é indicado à presidência da província do Rio Grande do Sul e em 1852 assume uma cadeira no Senado imperial. O seu papel político de defensor da monarquia o coloca, em 1859, no Conselho de Estado, ocupando a partir de 1870 a chefia de gabinete. Nesse papel atingiu o ápice de sua carreira política, ao encaminhar e aprovar a Lei do Ventre Livre. "Marquês de São Vicente" desde 1872, morre no Rio de Janeiro em 1878.

Esse jurista muito contribuiu para com a doutrina jurídica nacional em seus 46 anos de produção intelectual. Quando Ministro da Justiça, em 1847,

redigiu o relatório ministerial pertinente (BUENO, 1848). Estava a seu cargo a "administração da justiça", sobre a qual se manifestou por não ser satisfatória, constituindo a sua precária distribuição "um dos maiores flagelos da sociedade" brasileira (*Idem*, p. 6). Isso por diversas razões, ressaltando a geografia do País: a proporção inversa entre territorialidade e densidade demográfica. Denunciou também a precariedade do funcionalismo responsável pela manutenção da própria administração.

E observou problemas no Supremo Tribunal de Justiça, além das quatro Relações, principalmente no que tange à morosidade da justiça, sugerindo um estudo de "direito comparado" para a melhoria da estruturação do Judiciário imperial.

Afinal, o então Ministro da Justiça atribuía à administração da justiça "um dos mais poderosos elementos da segurança e felicidade de um povo" (Idem, p. 7). Isso vem à tona em sua obra maior, o *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, referência doutrinária para o constitucionalismo imperial, obra que merece desde já o devido aprofundamento, tanto por revelar a técnica da hermenêutica constitucionalista, quanto pelo seu caráter verdadeiramente didático.

Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império

Este tratado de direito constitucional é, em si, um monumento doutrinário do direito brasileiro. E seu estudo deve ser realizado no entrosamento de "chaves" para compreensão da cultura jurídica publicista no Brasil do século XIX, pois todas as matérias encadeadas na Constituição de 1824 são objeto de rigorosa análise pelo jurista, o que denota a possibilidade de se extrair uma perspectiva sobre o sujeito político para quem o autor fala, ou intenciona (se é que intenciona) constituir.

Publicado pela primeira vez em 1857, desde o princípio pretendia uma conotação didática, aquém de doutrinária.

A pretensão inaugural esteve no patamar de elucidar questões, de encaminhar aos seus leitores os entendimentos necessários aos meandros do poder público, da administração e do Estado. Tachava o autor como indispensável que os cidadãos brasileiros tivessem "pelo menos as principaes noções do como esses ramos do direito procurão harmonisar a liberdade com o poder, do como, quando, e porque alguns dos variados direitos e interesses do individuo são subordinados ao direito, ou interesse social collectivo, e outros não" (*Idem*, p. IV).

Partindo da então inovadora divisão entre o "interesse collectivo" e o "interesse particular", Pimenta Bueno anota os prováveis conflitos de interesse – que a história "da civilização" corroborou – causando, em decorrência, o surgimento, no direito romano, das suas duas grandes searas: o Direito Público (que "tem por dominio todas as relações do cidadão para com o Estado, relações de interesse geral, e que por isso mesmo não pertencem á ordem privada" - *Idem*, p. 8) e o Direito Privado (que "tem por dominio as relações que se agitão não entre o cidadão e o Estado, sim entre os individuos na razão ou intuito de seus interesses particulares" - *Idem*).

As consequências desta divisão acabam por ser apontadas no exercício do poder, pelo "executivo" ou "administrativo", que detém o condão de gerenciar as relações entre cidadãos e Estado. Já as relações de cidadãos entre si devem ser geridas pelo "judiciário".

Note-se que a categoria de "cidadão" que por hora aparece em sua obra está atrelada ao conceito romano antigo (do Direito Romano), e não da ótica de cidadania pretendida pela modernidade. É uma análise, pois, absolutamente teorética das relações entre governante e governados, e não uma análise aplicável ao pretenso Estado-nação brasileiro contextualizado.

Na análise esmiuçada do Direito Público, com aplicabilidade à realidade brasileira, o autor observa que o direito público interno, aquele positivado, político e constitucional, está representado pela Constituição do Império, "quem rege nossa sociedade política, os poderes brazileiros, nossos direitos, e obrigações publicas; é o palladio de nossas liberdades e destinos" (*Idem*, p. 10). E aponta o direito administrativo como o baluarte do Estado, na vertente científica e positiva.

Quando toca no direito administrativo positivo, impera a necessidade de se esclarecer acerca "das diversas especies de leis", capítulo em que apresenta fundamentadamente as leis quanto à sua origem ("leis naturaes" e "leis positivas"), quanto aos ramos do direito ("leis politicas", "leis constitucionaes ou fundamentaes", "leis administrativas", "leis civis", "leis commerciaes" e "leis criminaes"), bem como a natureza jurídica dos regulamentos. O referencial bibliográfico é vasto e competente, merecendo especial destaque as obras de Blackstone, Tocqueville, Chevalier, Destut de Tracy e Condorcet.

Quanto à interpretação da constituição – e a obra, em essência, é a Constituição de 1824 comentada – é perceptível a preocupação de enaltecer o papel do Estado brasileiro como provedor de todos os súditos, ressaltando dessa forma a força do Estado e sua perpetuidade. O espírito de "nação

brasileira" está a todo instante presente no texto, pela conclamação à união. A exemplo disso, veja-se o comentário ao artigo 2º da Carta Imperial, que trata da divisão e eventual subdivisão do território em províncias:

> Importa certamente muito que os centros administrativos não tenhão raios tão extensos, que amorteção a acção governamental; é de mister que esses centros tenhão pelo contrario facilidade de inspeccionar de prompto os diversos serviços publicos, e especialmente a educação, os costumes, o caracter, a linguagem que se imprimem na mocidade nacional, para que as provincias e as suas sub-divisões não componham povos diversos, ciosos ou rivaes, mas um só povo brazileiro. (*Idem*, p. 22).

Essa ação administrativa, a cargo do Imperador e da Assembleia, é defendida por Pimenta Bueno como de governo monárquico-hereditário (artigo 4º da Constituição de 1824), modelo mais condizente, segundo o autor, ao desenvolvimento das ideias e do progresso moral, intelectual e material da nação brasileira. Leia-se o comentário: "Foi uma resolução inspirada pela Providencia. Certamente, a fórma de governo que preferimos é a mais elevada, philosophica e apropriada ás necessidades e porvir do Brazil; Ella reune em si todas as garantias, offerece a estabilidade e promette as maiores vantagens que um povo póde aspirar" (*Idem*, p. 28)[36].

O artigo 10 da Constituição do Império é de extrema relevância para o autor – e para a presente pesquisa –, porquanto apresenta a organização dos poderes políticos, a "delegação da soberania nacional", sua expressão natural e necessária, quais sejam o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

O tema da separação dos poderes suscita bons e volumosos capítulos nessa obra de direito constitucional, na distinção precípua entre regimes livres e absolutos. Assim, o intuito de um legislativo separado ("a mais alta expressão da soberania nacional") está no fato de que o criador das leis não necessariamente as executa, pois, se assim o fosse, a pólvora do absolutismo ainda estaria pairando sobre o sistema. No ponto inverso, seguindo a mesma lógica, o executivo recebe o plano feito, para apenas gerenciá-lo: é agente vivo da vontade legal, e não pessoal. E ao Poder Judiciário está consolidada a missão de resguardar o cumprimento das leis, sem que se as faça, e sem que se as execute; trata-se de um poder "vigilante" e "garantidor" da ordem pública e particular.

---

[36] E no encerramento desse mesmo tópico, o autor registra, acerca da "Dinastya brazileira" consagrada no mesmo artigo constitucional (iniciada com D. Pedro I): "A Providencia permita, para o bem dos Brazileiros, que a que actualmente impera jámais haja de extinguir-se" (*Idem*, p. 30).

Curiosamente, toda essa primeira parte do texto dedica um único e curto parágrafo para abordar o Poder Moderador: "A conveniencia de que exista um poder legitimo que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos outros poderes políticos, dá nascimento ao que é denominado moderador" (*Idem*, p. 31). Nem é preciso reforçar que esse poder é aquele discricionário, exercido direta e unicamente pelo Imperador. É assim que a própria Carta Imperial o apresenta: "O poder moderador é a chave de toda a organisação politica, e é delegado privativamente ao imperador como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independencia, equilibrio e harmonia dos mais podres politicos" (artigo 98).

Quanto às garantias ou "promessas" constitucionais, verifica o jurista, antes de tudo, a necessidade inexorável de se conceber, em qualquer [pretensa] civilização, fundamentos e princípios essenciais de regulação e organização política, para o fim de assegurar aos partícipes desta relação sociopolítica as garantias e "promessas" inerentes: o bem de todos e o de cada um. Esse o verdadeiro significado de uma Lei Maior, para além de mero "symbolo de esperanças lisongeiras". "É o frontispicio grandioso do edificio representativo, que para não ficar só em simples decoração isolada demanda suas columnas de segurança, seus espaços interiores, que resguardem os direito publicos e individuaes, que sirvão de officinas da prosperidade social" (*Idem*, p. 45).

Toda a argumentação de Pimenta Bueno nesse particular é, além de técnica e jurídica, filosófica, patriótica, moral e religiosa.

Mas é no capítulo sobre a interpretação das leis, dentre outros, que José Antonio Pimenta Bueno se revela: alça o patamar de jurista do Império. "O assumpto da interpretação das leis é muito valioso, é uma questão fundamental que joga com importantes materias do Direito Publico, com a divisão e independencia dos poderes, e que por isso mesmo demanda idéas bem assentadas e exactas" (*Idem*, p. 69).

Num primeiro instante, a esse respeito, define interpretação como "a declaração, a explicação do sentido da lei, ou seja por via de autoridade, ou de doutrina judicial, ou doutrina commum, isto é, opinião dos sabios ou jurisconsultos" (*Idem*).

Em seguida, observa que a interpretação por via de autoridade pertence exclusivamente ao Poder Legislativo, em virtude da divisão e dos limites dos poderes públicos. Note-se que a harmonia entre os poderes, apesar de presente no texto constitucional (artigo 9º), tamanha novidade, ainda não chega à prática e à doutrina jurídica do Brasil do Primeiro Império. Leia-se: "Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatoria o pensamento, o preceito della" (*Idem*).

O entendimento do jurista está no sentido de que a nenhum outro poder é facultado interpretar – ou derivar – a compreensão da lei dada por quem a criou (o legislador). Admite, no entanto, o juiz e o "executor" (Poder Judicial e Poder Executivo) formar opinião sobre a inteligência da lei, mas não se apropriar de seu conteúdo, pretendendo um grau de infalibilidade na sua hermenêutica.

E nesse condão, para o autor, só terá legitimidade para alterar o sentido da lei o seu próprio fabricante, e jamais outro poder público que não o Legislativo. Toda essa argumentação é seguida, como ilustração, no § 2º da Secção 3ª do Capítulo II do Título Segundo da *Analyse da Constitução do Imperio*, por um escorço histórico acerca do regime absolutista francês, que concentrava na coroa todos os poderes de Estado.

No entanto, essa limitação hermenêutica, como já sugerido, não isenta o Poder Judicial de realizar interpretações no caso concreto. A interpretação por via da doutrina, que possui o seguinte fundamento: "As leis não devem ver tudo e todas as circumstancias, não podem estabelecer normas positivas para cada um dos casos que tenhão de occorrer, e quando fosse isso possivel, a legislação torna-se-hia tal, seria um dedalo de tal sorte immenso que não haveria memória, nem razão, por que elle soubesse caminhar" (*Idem*, p. 77). O que remete às teses e princípios gerais pertinentes à legislação, geradores, na questão concreta, de lacunas e inconvenientes, a serem supridos pelo magistrado ou pelo executor.

É, portanto, a interpretação judicial (ou por via de doutrina) a faculdade dada ao juiz pela própria lei de examinar e extrair o sentido da lei na sua aplicação ao caso concreto.

O *Direito Publico Brazileiro* traz, em seu quinto título, após longa e competente análise sobre a interpretação das leis, as questões do poder moderador, da sucessão do Império e da família imperial. É previsível que seja feita a "defesa" a esse poder de Estado, o que se corrobora pela análise do texto, capaz de demonstrar, desde já, de que lado está o autor: de onde fala, para quem fala.

Diz Pimenta Bueno que o poder moderador "é a suprema inspecção da nação, é o alto direito que ella tem, e que não póde exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes politicos, que ella creou e confiou a seus mandatarios, são exercidos. É a faculdade que ella possue de fazer com que cada um delles e conserve em sua orbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-estar nacional" (*Idem*, p. 204).

Exercido diretamente pelo Imperador (poder moderador é "sinônimo" de poder imperial), não se subordina a qualquer outro poder de Estado, estando, em verdade, acima deles. Eis o fundamento:

> Como o poder moderador é synonymo do poder imperial, com razão a constituição em seguida delle reconheceu logo a inviolabilidade e irresponsabilidade do imperante.
>
> Estes attributos são inseparaveis da monarchia, são dogmas politicos consagrados por justo e irrecusável interesse publico. É um principio de ordem e segurança nacional, principio quanto ao poder perfeitamente resguardado pela responsabilidade ministerial, e quanto aos factos individuaes pela fundada crença de que tão alta posição, a magestade e suas virtudes e illustração jamais terão occasião de infringir as leis. Só um sofrimento moral poderia contrariar essa crença.
>
> É por isso mesmo que a lei não institue tribunal algum a respeito, nem pudera estabelecer; nenhum poderia ser competente, nem hábil para julgar a mais alta delegação da soberania nacional, esta teria de descer, deixaria de ser tal desde que fosse obrigada a justificar-se de qualquer accusação. (*Idem*, p. 206).

A doutrina de Pimenta Bueno, aliás, esclarece um ponto crucial de entendimento acerca das distinções entre Poder Moderador e Poder Executivo, pois que o Imperador (Poder Moderador por excelência) é o chefe do Poder Executivo! Aduz que o Poder Executivo sem um ministério não se constitui enquanto Poder, logo, devem ser mantidos entendimentos distintos sobre esses dois mecanismos, sob pena de se ter mera "phraseologia". Os atos ministeriais conduzem a execução governamental, chefiada, sim, pelo Imperador; mas o outro poder por ele exercido se sobrepõe a todos os demais, ocupado, enfim, com "as instituições, os progressos da civilisação, as necessidades sociaes, o bem estar geral" (*Idem*, p. 211).

No tocante ao Poder Judiciário, merece especial consideração a abordagem feita pelo autor a respeito do Supremo Tribunal de Justiça, criado por determinação constitucional em 1828 (artigo 163 da Carta de 1824).

Restaria, no entanto, problema que ainda faria permanecer a insegurança jurídica no Brasil, dado o número de tribunais e seus dissonantes entendimentos. Seria necessária a prevenção aos arbítrios dos julgadores de segunda instância, não na mesma medida dos juízes de primeiro grau, mas à harmonização de interpretação legislativa no Império.

No título oitavo mais uma demonstração de conhecimento jurídico atrelado à filosofia e à teoria do direito vem à tona pela pena de Pimenta Bueno. Conceitua direito como uma "entidade real, porém moral ou abstracta". "É a faculdade moral de obrar, faculdade que não deve ser impedida sempre que conservar-se em seus limites moraes, é aquilo que é justo, que é recto, que procede da natureza do homem ou da lei, que sua sociabilidade creou; é emfim o poder do homem em suas relações moraes, é a sua legitima competencia pessoal de fazer, não fazer, ou exigir que outrem faça, ou não faça alguma coisa" (*Idem*, p. 389).

E nessa linha admite três classes para a correta compreensão do direito: os direitos naturais ou individuais (provenientes da natureza ao homem, ente racional e moral, "dadivas do Creador"), os direitos civis (resultantes do reconhecimento formal daqueles direitos individuais) e os direitos políticos (decorrentes de constituições políticas convencionadas).

Em suma, todos possuem os primeiros direitos; os segundos direitos são garantidos aos nacionais; os terceiros direitos são inerentes aos cidadãos ativos, membros de uma comunidade política.

O restante da obra, com especial relevância os comentários ao processo legislativo e aos direitos fundamentais, possui caráter extremamente técnico, no rigor científico e na fundamentação teórica que já se percebe inerente a este jurista[37].

Pimenta Bueno encerra seus escritos venerando a Carta, numa demonstração de efetivo comprometimento com o regime imperial, nestes termos:

> Graças á Providencia, temos uma constituição que já é uma das mais antigas do mundo, sábia, liberal, protectora. Todo o nosso esforço deve limitar-se a perpetua-la, a fazê-la de cada vez mais respeitada, ainda nos seus menores detalhes, e a deduzir della suas logicas, justas, bellas e creadoras consequencias.
>
> Ella será sempre, como já tem sido, nossa arca de alliança em nossas tempestades e perigos; é, e será a base firme de nosso poder, nossa força crescente, e nossa gloria nacional. (Idem, p. 489).

A análise da Constituição Outorgada realizada por José Antonio Pimenta Bueno merece especial atenção, além do aprofundamento teórico que receberam os tópicos da hermenêutica constitucional e do Poder Moderador, à questão do legalismo, desde Vasconcelos apontado como elementar no contexto histórico de referência.

Os já citados incisos que expressam o princípio da legalidade, localizados no artigo 179 da Constituição Imperial, estiveram com o Marquês de São Vicente no destaque devido, pois que praticamente impõe sinonímia entre liberdade e lei.

Em suma, todas as garantias fundamentais estão amparadas na liberdade, que somente pode ser garantida, por sua vez, a partir da estrita legalidade. A lei é o critério de liberdade do homem. Nada mais "moderno",

---

[37] Aqui está o rol dos principais pontos da obra, retirados do sumário do livro, suprimidos os capítulos, as seções e os parágrafos: Titulo I – Da nação, soberania e poderes politicos brazileiros. Titulo II – Do poder legislativo geral ou nacional. Titulo III – Do poder legislativo provincial. Titulo IV – Das eleições. Titulo V – Do poder moderador, successão do imperio e familia imperial. Titulo VI – Do poder executivo. Titulo VII – Do Poder Judicial. Titulo VIII – Dos direitos dos Brazileiros.

pois em perfeita consonância com o instrumento inaugural da modernidade, a *Declaração* de 1789[38].

Sendo a liberdade regra geral, "principio absoluto", fazer ou deixar de fazer tudo o que a lei não proíbe é fazer prevalecer a mais alta garantia que pode uma Carta Magna consolidar. E na esteira dessa garantia está a lei positiva como elemento norteador. Daí o legalismo de Pimenta Bueno, que reforça doutrinariamente – em outra seara – os atos legislativos de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Paulino José Soares de Sousa

Nasceu em Paris, aos 4 de outubro de 1807. De pai brasileiro, médico do exército napoleônico, viveu sua infância no contexto da revolução francesa. O futuro Visconde do Uruguai estudou Direito na Universidade de Coimbra, lá ingressando em 1823; transferiu-se à Faculdade de Direito de São Paulo em 1830, onde logo se bacharelou. Com forte influência republicana, filiou-se ao grupo liberal moderado, a partir de relações pessoais estabelecidas com Diogo Antônio Feijó, Antonio Carlos Ribeiro de Andrada, Honório Hermeto Carneiro Leão, Joaquim José Rodrigues Torres, Evaristo Ferreira da Veiga e Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Juiz na Corte desde 1832 por indicação do então Ministro da Justiça da Regência, seu ex-colega de Coimbra Honório Hermeto, foi convidado pela Regência, em 1835, para assumir a pasta da Justiça, cargo por ele recusado ao não se achar em condições para exercer tão importante ofício (tinha então 27 anos de idade). Não obstante, Evaristo da Veiga providenciou o nome de Paulino à eleição da primeira legislatura da Assembleia Provincial do Rio de Janeiro. Em seguida (1836), Feijó nomeou Paulino Presidente da Província do Rio de Janeiro, cargo esse por ele ocupado até 1840, quando assumiu – aí sim – o Ministério da Justiça.

Segundo José Murilo de Carvalho, "quase todos os políticos da Regência iniciaram muito cedo suas carreiras e progrediram rapidamente. Era o momento de substituição da velha guarda ligada a Pedro I pelos novos bacharéis, alguns já saídos de Olinda e São Paulo" (CARVALHO, 2002, p. 16).

Nesse ambiente, formavam-se os partidos Liberal e Conservador, optando Paulino José Soares de Sousa a permanecer com os seus amigos no conservadorismo, sustentados por senhores de engenho e fazendeiros do café.

Foi Ministro dos Negócios Estrangeiros nos períodos 1843-1844 e 1849-1853, Senador do Império pelo Partido Conservador em 1849 e

[38] Leia-se o seguinte trecho elucidativo: "Sem duvida a lei, e só o preceito claro da lei, é quem póde ter o direito de restringir a liberdade, e não o arbitrio ou vontade de alguem, que deve ser impotente desde que o principio do governo não é o da escravidão, sim o dos direitos do homem.". (*Idem*, p. 393).

Conselheiro de Estado em 1853. A partir desse último cargo, recebeu, em 1854, "por graça imperial", o título de Visconde do Uruguai.

A produção de Paulino José Soares de Sousa é mais vinculada ao papéis governamentais e ministeriais, havendo pouca – mas importante – produção formal doutrinária: o *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862, e os *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brazil*, de 1865.

Ensaio sobre o Direito Administrativo

> Revisão ou não, e apesar do título desencorajador, o livro é a melhor tentativa, feita na época, de pensar a vida política do Brasil imperial a partir do campo conservador. Nele é discutida a relação entre política e administração, entre Estado e sociedade, entre autoridade e liberdade, temas ainda centrais no debate político de hoje. (*Idem*, p. 11).

O *Ensaio sobre o Direito Administrativo* de Uruguai resgata conceitos disponibilizados por Pimenta Bueno, especialmente no que tange ao papel da lei como garantidora das liberdades, demonstrando de plano o viés liberal (e moderno) da obra.

O autor realiza, antes do texto, uma profunda justificativa, deixando claro que suas impressões, a partir das viagens diplomáticas pela Europa, muito contribuíram para com um repensamento sobre a administração pública no Brasil[39]. Coligindo anotações, depoimentos, legislação esparsa, determinações executivas das Províncias e do Paço, literatura estrangeira[40], materiais enfim recortados e de longa data, o Visconde do Uruguai escreve este que será considerado o maior tratado de direito administrativo do Império.

Abre o primeiro capítulo do *Ensaio* a discussão, já presente em Pimenta Bueno, acerca do direito natural e positivo. Tem que o direito natural, "o qual constitui o que se chama filosofia do direito, é a coleção das regras que a razão revela a todos os homens, e que são consideradas como gravadas no nosso ser pela mão de Deus". Já no que diz ao direito positivo, "é o instituído pelos legisladores humanos" (SOUSA, 2002, pp. 79-80).

---

[39] "O que tive ocasião de observar e estudar produziu uma grande revolução nas minhas idéias e modo de encarar as coisas. E se quando parti ia cansado e aborrecido das nossas lutas políticas pessoais, pouco confiando nos resultados da política que acabava de ser inaugurada, regressei ainda mais firmemente resolvido a buscar exclusivamente no estudo do gabinete aquela ocupação do espírito, sem a qual não podem viver os que se habituaram a trazê-lo ocupado". Em SOUSA, 2002, pp. 67-68.

[40] "Reuni e estudei, senão todos, quase todos os escritores que escreveram sobre o direito administrativo da França, que é o mais completo e desenvolvido". *Idem,* p. 69. Aliás, suas principais referências, além da vastíssima – e estrangeira – bibliografia consultada pelo autor, são estas: Macarel, Proudhon, Foucart, Boulatignier, Solon, Laferrière, Serrigny, Chauveau, Dufour, Cabantous, Trolley e Vivien.

Na tabela dos ramos do direito, o autor insere o direito administrativo como subdivisão do direito público interno ou constitucional. Avaliando as definições belgas, francesas, espanholas e portuguesas, num verdadeiro esforço de direito comparado, chega à adoção do conceito proferido por Laferrière, a qual lhe parece "mais compreensiva e satisfatória", e que assim se apresenta: "o direito administrativo (...) é a ciência da ação e da competência do poder Executivo, das administrações gerais e locais e dos conselhos administrativos, em suas relações com os interesses ou direitos dos administrados ou com o *interesse geral* do Estado" (*Idem*, p. 84).

Após longa e preliminar discussão acerca do direito natural e positivo, seguida da rigorosa análise dos ramos do direito (público e privado), o autor defende tese inovadora sobre a satisfação das necessidades públicas. E após alertar para as distinções entre o direito administrativo e o direito privado, objetivamente trata de aportar as suas fontes.

A partir desse conjunto de fulcros, a atividade central da administração, ferramentada pelo direito administrativo, e a cargo do Poder Executivo, é exercida diretamente por órgãos e agentes "responsáveis e amovíveis", desde que inquestionavelmente hierarquizados a partir de um poder central (governamental). Isso vem indicar duas abordagens primordiais no entendimento da administração pública do Império: o Conselho de Estado e o Poder Moderador.

O detalhado estudo acerca do Conselho de Estado conceitua-o, primeiramente, como "uma corporação composta de homens eminentes colocados junto ao Governo, para o aconselhar, e cujas atribuições têm variado segundo os tempos, e as circunstâncias políticas" (*Idem*, p. 134).

A profunda investigação sobre os Conselhos de Estado na Inglaterra, na França, na Espanha e em Portugal corroboram a tese de que no Brasil o cercamento de uma corporação que possa ajudar na governança é realmente eficaz. O primeiro Conselho (Conselho de Procuradores Gerais das Províncias), instituído pelo Decreto de 16 de fevereiro de 1822, havia como atribuições, perante o ainda Príncipe Regente, o seguinte:

> 1º. Aconselhar-me tôdas as vezes, que por mim lhe fôr mandado em todos os negócios mais importantes e difíceis. 2º. Examinar os grandes projetos de reformas que se devam fazer na administração geral e particular do Estado, que lhe forem comunicados. 3º. Propor-me as medidas que lhe parecerem mais urgentes e vantajosas ao bem do Reino Unido, e à prosperidade do Brasil. 4º. Advogar e zelar cada um dos seus membros pelas atitudes de sua Província respectiva (*Idem*, p. 150).

O que representa uma continuidade pelo desiderato do Conselho de Estado firmado na Carta Constitucional, cujo artigo 142 assim aduzia: "Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes

de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador (...)" (BRASIL, 1824).

Não deixa assim de representar um paradoxo, porquanto somente ao Governo competia ajuizar sobre a gravidade das medidas sobre as quais seria o Conselho de Estado ouvido, o que reforça definitivamente o "poder" Moderador.

A crítica de Paulino José Soares de Sousa à formação desse Conselho é contundente, e assim está disposta:

> Posto que fôsse uma corporação meramente consultiva e sem jurisdição própria, não era todavia um auxiliar administrativo perfeito e completo, um Conselho de Estado semelhante ao da França, de Portugal e da Espanha, e ao nosso de hoje. Não era dividido em seções. Não trabalhava com os Ministros. Era uma criação tão especial, tão original, como a do Poder Moderador, suscitada pela idéia dêste.
>
> Daqui, para diante, tirarei argumento para reforçar a opinião que hei de sustentar, que o Poder Moderador, não pode ser resguardado pela responsabilidade dos Ministros do Executivo. A Constituição deu-lhe um antemural próprio, o Conselho de Estado que criou, do qual excluiu os Ministros, e o qual, como que arredando a responsabilidade dêstes, solenemente declarou responsável.
>
> Este Conselho de Estado tinha senões consideráveis. Era ao mesmo tempo político e administrativo, mas preponderava nêle em demasia a côr política. Como corpo político era manco, porque era sòmente ouvido em negócios graves e medidas gerais, de modo que ou se havia de criar outro Conselho para as medidas não graves ou gerais, que avultam, ou ficaria a administração privada de auxílio para desbastar a massa enorme de negócios administrativos, de negócios secundários, mas também importantes, que sôbre ela pesa, e que se liga mais ou menos com os graves e gerais, sendo mui difícil discriminar bem, nos casos supervenientes, o que é grave e geral do que o não é. Esse Conselho de Estado nunca foi desenvolvido por uma lei regulamentar, nem por meio de regulamentos, na parte administrativa. Nunca funcionou como tribunal administrativo. Nem para êle havia recursos marcados.
>
> Compunha-se do limitado número de 10 membros vitalícios. As circunstâncias do país, as conveniências da política, o espírito público, podiam mudar, e não mudarem os Conselheiros. Podiam emperrar em certas idéias que não conviessem mais. Podiam tornar-se impopulares. Podia-se errar em algumas nomeações. Uma vez feitas não havia remédio.
>
> Não tinha essa instituição aquela flexibilidade que é indispensável para que se pudesse acomodar ao irresistível império das circunstâncias e às mudanças, e novas exigências do espírito público (*Idem*, pp. 152-153).

Paulino José Soares de Sousa cita Bernardo Pereira de Vasconcelos quanto aos debates parlamentares de 1841 que encaminharam pela constitucionalidade do Conselho de Estado, apesar de tudo.

Em verdade, fica explícito o receio de fortalecimento dos partidos que estivessem no poder e que pudessem encampar o Conselho, dado o acúmulo de funções políticas e administrativas às pessoas envolvidas na instituição.

Aqui vem a crítica mais contundente do jurista, pautada no direito comparado, que sugere a criação de dois Conselhos, assim:

> Eu teria criado um Conselho Privado e um Conselho de Estado. O Conselho Privado para aconselhar o Imperador no exercício das funções do Poder Moderador, e o Poder Executivo no exercício das atribuições de dirigir as negociações políticas com as nações estrangeiras, de fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva, e de subsídio, de declarar a guerra e fazer a paz.
>
> O Conselho de Estado auxiliaria o Poder Executivo no exercício de tôdas as outras atribuições políticas, e em tôdas as administrativas.
>
> Digo em tôdas as outras atribuições políticas, porque algumas se prendem por tal modo com o administrativo, que não é possível instituir uma separação completa e minuciosa.
>
> As atribuições do Poder Moderador, e as do Executivo que dizem respeito a relações com o exterior, à paz e à guerra, têm um caráter político tão pronunciado, tão extremado, prendem a considerações tão vastas, que muito bem podem formar um grupo separado, muito mais desligado do que é puramente administrativo (*Idem*, pp. 182-183).

Quanto ao Poder Moderador, Paulino José Soares de Sousa captura todo o entendimento de Pimenta Bueno a respeito. Transcreve licenciosamente, aliás, parte do já analisado *Direito Publico Brasileiro*..., no entendimento do art. 98 da Constituição: "O Poder Moderador é a chave de tôda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sôbre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos".

E apesar de todas as críticas internas, não admite o autor ser possível um Estado forte sem o Poder Moderador; o que coube na crítica ferrenha de 1832, quando da discussão acerca do encerramento deste poder: mera passagem de atribuições deste Poder ao Poder Executivo. Pois "uma Constituição que não encerrasse em si atribuições moderadoras seria uma máquina incapaz de funcionar algum tempo sem estalar e desorganizar-se" (*Idem*, p. 259).

E finaliza destacando a fixação do poder propriamente dito:

> Pela natureza e fins dos atos que é chamado a exercer, convém que as atribuições do Poder Moderador residam privativamente no Chefe Supremo do Estado que é permanente, desapaixonado, ou mais imparcial, mais desinteressado nas lutas, até mesmo porque é inviolável (...).
>
> Não pode, sem graves inconvenientes e sem perder a qualidade de neutro e moderador, residir o poder que assim se denomina no Executivo, ou depender dos Ministros, os quais ordinariamente são chefes ou homens de partidos, ou dependentes dêstes. São muito mais suspeitos, muito mais apaixonados, muito mais dependentes nos atos necessários para restabelecer um equilíbrio, e uma harmonia, que muitas vêzes êles próprios destruíram, do que o Chefe Supremo do Estado, o qual sempre permanece tal, qualquer que seja o partido dominante, qualquer que seja o Ministério, e que tem de preservar o Trono para a sua descendência, e com êle a forma Monárquico-Representativa (*Idem*, pp. 260-261).

É assim que a rigorosa obra de Paulino José Soares de Sousa contribui para com a manutenção do sistema predominante, pautado na centralização e no conservadorismo.

É curioso notar que o jurista pretende conotar ao Imperador um sujeito "desapaixonado, ou mais imparcial, mais desinteressado nas lutas...". Esse conjunto de adjetivos revela o caráter de "sujeito político" capaz de eclodir nos seus discursos: um sujeito completamente atrelado às forças dominantes, que se deixa conciliar pelo alto, que é determinado pela representação, esta, afinal de contas, capaz de classificar os verdadeiros – e pretensos e supostos – sujeitos políticos.

Os grandes temas desenvolvidos pelo Visconde de Uruguai estão postos na questão do centralismo e da soberania.

Está claro que, no seu particular conservadorismo, o Poder Moderador centraliza e realiza o escopo final do Estado. A administração pública, para o autor realizado a cargo do Poder Executivo (ou "poder administrativo"), tem o condão de aplicar a lei adminstrativa (e outras a ela relacionadas, no seu desiderato), carretando na consagração do princípio da supremacia do interesse público, o que mais uma vez pode ser entoado a partir do texto da *Declaração francesa*[41].

---

[41] Além do já referenciado artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, há que se notar os artigos 12 ("A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada") e 13 ("Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades"), além do artigo 17: "Como a

A legalidade retorna, dessa forma, à tela da modernidade jurídica brasileira, complementando ainda a noção de cidadania e soberania: para Uruguai, a centralização representa o poder central e soberano, "o mais poderoso instrumento da civilização", na concordância com Bechard (*Idem*, p. 428).

E, corroborando as ideias de Vasconcelos e de Pimenta Bueno, encerra Paulino José a esse respeito:

> Terminada a reação contra o feudalismo, morto este, conquistadas pela realeza a unidade e a centralização do poder, alguns pouco aplicáveis exemplos da antiguidade e de algumas nações modernas, o movimento progressivo do espírito humano, a Revolução Francesa, trouxeram a reação contra a excessiva unidade e concentração do poder real, isto é, contra o poder absoluto. A divisão dos poderes foi uma das maiores conquistas em prol da liberdade. Bons e livres engenhos começaram a combinar os meios de conseguir, conservada aquela soma de unidade e centralização, que é indispensável nas monarquias e geralmente em qualquer forma estável de governo, garantias suficientes contra as demasias e desmandos daquele poder, por meio de combinações mais ou menos engenhosas, mais ou menos acertadas, mais ou menos práticas e aplicáveis.
>
> O Brasil não tomou parte naquelas lutas. Tivemos a fortuna de vir depois, e de aproveitar, na Constituição que nos rege, o fruto de tantas lutas, de tantas dores e de tanta experiência (*Idem*, pp. 428-429).

Em suma, somente na centralização, herdada do espírito revolucionário, e que consiste na "unidade da nação", ou na "unidade do poder", conseguirá o Estado se estabelecer com êxito.[42]

Tobias Barreto de Meneses

> O direito é um regulador, não do pensamento, porém das ações. Não se lhe deve, portanto, aplicar a medida teórica do verdadeiro, mas a medida prática do conveniente.

Tobias Barreto de Meneses, filho do escrivão de órfãos e ausentes Pedro Barreto de Meneses, família humilde portanto, nasceu em Campos, uma pequena vila no Estado do Sergipe, aos 7 de junho de 1839. Após rápida incursão na Bahia, quando ainda jovem, no intento frustrado de seminário, vai a Pernambuco (em 1862), sobrevivendo de aulas particulares em matérias diversas. Inexitoso o concurso para professor de latim no Ginásio Pernambucano, apesar de haver estudado a matéria desde pequeno com o bispo de Goiás, o Padre Domingos Quirino de Souza.

---

propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização".

[42] Paulino José se refere aqui à máxima (invertida) de Mirabeau, quando aduz: "chacun savait alors ce qu'il fallait renverser, ne savait ce qu'il fallait établir".

Mais um concurso lhe é refutado: a cadeira de filosofia, no mesmo Ginásio (1867). Seu forte, em verdade, era a oratória, além de uma inclinação, desde já, para estudos germânicos, em especial a filosofia. Ingressa no curso de Direito da Faculdade do Recife, a partir do qual, em 1869, e já casado, passa a exercer a advocacia no interior de Pernambuco (Escada). Tenta a carreira política, sem, no entanto, maiores progressos, tendo sido deputado provincial por Pernambuco na legislatura de 1879-1880. Eis que retorna ao Recife apenas quando do concurso para professor na Faculdade de Direito (1882), onde obtém esmagadora vitória em célebre disputa pública, lecionando nessa prestigiada instituição até o final de sua vida, e contribuindo para com verdadeira revolução no ensino jurídico brasileiro.

Faleceu em 1889, às vésperas da República, muito pobre, mas academicamente prestigiado pelas mais avançadas ideias da época e pelo incentivo intelectual de uma geração de futuros e consagrados juristas, dentre eles Sílvio Romero e Clóvis Bevilacqua.

Desmascarando alguns mitos, Evaristo de Moraes Filho ataca a pecha revolucionária de Tobias Barreto, admitindo, no entanto, ser o mestre sergipano, ao menos, um rebelde academicamente comprometido com a formação crítica de seus estudantes:

> Ao contrário do que pensam alguns dos seus biógrafos, Tobias Barreto não foi além de pequenas rebeldias individuais, de protestos, de críticas à sociedade do seu tempo, mas, nunca, a ponto de negá-la como um todo, transformando-a estruturalmente, de cima a baixo. Rebelde, sim; mas, revolucionário, nunca. Apesar do muito que escreveu em prol de idéias novas, de progressos científicos, de novidades filosóficas e culturais, Tobias era um homem da ordem, da disciplina, sempre contra a desordem e a agitação. Criticava as instituições sociais como parte delas, de dentro para fora, sem pretender derrocá-las ou substituí-las por outras que lhes fossem diametralmente opostas. Talvez que para isso houvessem contribuído vários fatores: as suas origens familiares, filho de pai conservador, morigerado, escrivão da localidade em que nasceu; a sua formação religiosa e clássica, da qual nunca se libertou, mantendo sempre uma certa crença e confessados sentimentos místicos; a influência que sobre ele exerceu Augusto Comte e sua escola, partidária da ordem e da não-violência, a favor de uma mudança consentida; finalmente, as suas leituras germânicas, que o levaram a uma forte admiração, verdadeiramente fanática, de tudo que vinha da Alemanha, inclusive, muitas vezes, das idéias políticas lá dominantes e do seu próprio prussiano (MORAES FILHO, 1985, p. 177).

Durante sua vida, Tobias Barreto publicou pouco, comparativamente ao que produziu: em 1875, os *Ensaios e Estudos de Filosofia e Crítica*, com uma segunda edição em 1889; em 1881, uma coletânea de poesias, *Dias e Noites*;

em 1882, os *Estudos Alemães*; em 1884, os *Menores e Loucos*, com segunda edição em 1886; em 1887, *Discursos*; e em 1888, *Questões Vigentes de Filosofia e Direito*.

Merece especial destaque os *Estudos Alemães*, maior diferencial do jurista nesse tempo em que o germanismo recém ingressava no Brasil: nesse ponto, o autor se revela conhecedor do direito e da política germânica.

A Faculdade de Direito do Recife

A Faculdade de Direito de Recife, juntamente com a de São Paulo, representava extrema importância ao Império, antes de tudo, pela conotação que justificou sua própria instalação: uma continuidade no projeto político de independência, agora no campo ideológico e intelectual. Não se pode afastar, na esteira de José Murilo de Carvalho, Sérgio Buarque de Holanda, Carlos Guilherme Mota e Raymundo Faoro, o nítido papel de "fornecimento" de bacharéis aos quadros do estamento burocrático, as searas políticas, jurídicas e administrativas da nação em construção. Estas Faculdades preparavam, é certo, boa parte da elite dirigente do Império, e suas portas se achavam abertas tanto às elites quanto ao povo.

Muitos moços humildes almejavam o título de bacharel, e para isso ingressavam nas Faculdades, a exemplo de Tobias Barreto de Meneses, estudante da Faculdade de Direito do Recife a partir de seus 25 anos de idade, entre 1865 e 1869.

Já são notórias as descrições e euforia acerca do concurso para professor substituto da Faculdade de Direito do Recife, ocorrido em 1882, ao qual Tobias Barreto se submeteu, juntamente com Freitas, seu oponente. O mais conhecido comentário foi registrado por Graça Aranha:

> (...) Abrira-se o concurso para professor substituto da Faculdade. Foi o concurso de Tobias Barreto. Eu já havia iniciado os meus estudos na Academia. Era superior ao meu preparo, e professado sem clareza, sem o fluido da comunicação. José Higino, o pesado mestre spenceriano, nos enjoava e nós não o entendíamos. A outra matéria era o direito romano, mais compreensível; porém, que professor calamitoso era o velho e ridículo Pinto Júnior! O concurso abriu-se com um clarão para os nossos espíritos. A eletricidade da esperança nos inflamava. Esperávamos, inconscientes, a coisa nova e redentora. Eu saía do martírio, da opressão para a luz, para a vida, para a alegria. Era dos primeiros a chegar ao vasto salão da Faculdade e tomava posição junto à grade, que separava a Congregação da multidão dos estudantes. Imediatamente Tobias Barreto se tornou o nosso favorito. Para estimular essa predileção havia o apoio dos estudantes baianos ao candidato Freitas, baiano e cunhado do lente Seabra. Tobias, mulato desengonçado, entrava sob o delírio das ovações.

> Era para ele toda a admiração da assistência, mesmo a da emperrada Congregação. O mulato feio, desgracioso, transformava-se, na argüição e nos debates do concurso. Os seus olhos flamejavam, da sua boca escancarada, roxa, móvel, saía uma voz maravilhosa, de múltiplos timbres, a sua gesticulação transbordante, porém sempre expressiva e completando o pensamento. O que ele dizia era novo, profundo, sugestivo. Abria uma nova época na inteligência brasileira e nós recolhíamos a nova semente, sem saber como ela frutificaria em nossos espíritos, mas seguros que por ela nos transformávamos. Esses debates incomparáveis eram pontuados pelas contínuas ovações que fazíamos ao grande revelador. Nada continha o nosso entusiasmo. A Congregação, humilhada em seu espírito reacionário, curvava-se ao ardor da mocidade impetuosa. Prosseguíamos impávidos, certos de que, conduzidos por Tobias Barreto, estávamos emancipando a mentalidade brasileira, afundada na teologia, no direito natural, em todos os abismos do conservantismo. Para mim, era tudo isto delírio. Era a alucinação de um estado inverossímil que eu desejava, adivinhava, mas cuja realização me parecia sobrenatural. Tobias Barreto fez a sua prova de preleção oral. O orador atingiu a minha sensibilidade ao auge da eloqüência. Quando terminou, recebeu a mais grandiosa manifestação dos estudantes, a cujo entusiasmo aderiram os lentes unânimes[43].

Aprovado, Tobias Barreto provocou uma "rebelião" intelectual no ambiente acadêmico recifense. Dizia-se que era capaz de provocar uma "transformação mental" nos estudantes daquela Academia. Isso porque as suas referências germanistas, ainda tidas como novidade no universo jurídico nacional, apresentavam novas formas de se pensar o direito, descoladas do viés positivista impregnado no direito brasileiro. O acesso à Faculdade, tal qual a Universidade de Coimbra, ainda modelo, era precedido de prévio curso de línguas, matemáticas, ciências e filosofia. "Assim, em que pese a presença, no corpo docente, de homens como José Higino e João Vieira, que, na opinião de Clóvis Bevilaqua, "prepararam os espíritos para receber a transformação mental que Tobias Barreto havia de operar", o ambiente era "opressivo e conseqüentemente propício aos choques e à efervescência" (MERCADANTE, 1972, p. 65).

E Tobias Barreto se tornou o lente "preferido" de toda uma geração latente por rebeldia e, quiçá, revolução.

---

[43] Citado por várias fontes: ARANHA, Graça. *O meu próprio romance*. Rio de Janeiro: Cia. Editora Nacional, 1931, pp. 147-150. Citado por MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Grijalbo, Editora da USP, 1972, PP. 66-67. E por VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo (150 anos de ensino jurídico no Brasil)*. São Paulo: Perspectiva, 1982, pp. 99-100. E por CHACON, Vamireh. *Da Escola do Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969, p. 47.

O pensamento e o germanismo de Tobias Barreto

O princípio de todo o pensamento de Tobias Barreto se dá pelo humanismo por ele cultivado, aliado a um espírito rebelde que pretende "mudar", "transformar" (ele teria lido Marx no original): "sem uma transformação de dentro para fora, sem a substituição da selvageria do homem natural pela nobreza do homem social, não há propriamente cultura".

E nessa linha é possível chegar a uma percepção de direito como um fenômeno histórico e um produto cultural. Como dizia Tobias Barreto, "um meio de abolir o estado de natureza".

Se Savigny introduz Kant ao campo jurídico, Tobias Barreto o traz ao pensamento jurídico brasileiro, além de trazer, também, o pensamento de Rudolf von Jehring para o Brasil.

Esse "germanismo" de Tobias Barreto tem sido discutido, pois já se sabe que, em verdade, jamais viajou à Alemanha. Aliás, nunca deixou, nem por um momento, o nordeste brasileiro. Logo após formar-se na Faculdade de Direito do Recife, adquiriu uma gramática e um dicionário alemão, e estudou a língua sozinho. Mandava buscar livros da Alemanha através dos serviços do livreiro Laillacard, estabelecido no Recife. E assim, autodidata, dominou a língua germânica, sua *kultur* e sua *philosophie*.

Mario G. Losano, aguçado por uma provocação de Miguel Reale em 1973, inventariou os livros presentes na biblioteca pessoal de Tobias Barreto – adquirida integralmente pela Faculdade de Direito do Recife em 1889 – e chegou ao surpreendente resultado de 437 títulos, dos quais 142 em alemão. O inventário, na íntegra, e a sua respectiva análise foram publicados nos *Quaderni Fiorentini* (LOSANO, 1992).

Quando casado, foi por muito tempo residir em Escada, uma pequena localidade distante do centro regional, e pelos seus conhecimentos de alemão, chegou a participar da comitiva do príncipe Heinrich, que se encontrava de passagem por Recife. Apresentou Evaristo de Moraes Filho, que, em polêmica com o Visconde de Taunay, vangloriava-se Tobias Barreto de, a partir de Escada, e nunca havendo saído do Brasil, "conhecer não menos de quatro dicionários alemães, tipo *Conversation Lexikon*. E nessa mesma polêmica: 'Resido em Escada; nada importa. Seja para S. Sa. como se eu residisse em Berlim'" (MORAES FILHO, p. 118).

Outro mito desvendado diz respeito ao ineditismo desse germanismo cultivado por Tobias Barreto: na verdade, em todo o mundo os pensadores se deixaram influenciar pela cultura germânica. Por toda a parte houve uma ânsia de ciência, de literatura e de "cultura" alemãs. Até porque na segunda metade do século XIX a *kultur* germânica se consolida definitivamente, o turbilhão latente dos burgos medievais finalmente desemboca, desabrocha num contexto "cultural" impressionante, e faz, de uma vez por todas, o Estado Nacional

Alemão. E no Brasil a fórmula se repetiu. Alguém – Tobias Barreto – captou no ar o anseio pelas novas fundamentações teóricas, para além de França e Portugal.

Eis que o ponto crucial do pensamento de Tobias Barreto está no confronto, ou no verdadeiro enfrentamento, ao positivismo que fortemente vigora no Brasil, e em especial no mundo acadêmico, palco quase exclusivo de atuação desse jurista. Assim aduz Paulo Mercadante a respeito: "é curioso observar que Tobias primeiramente se amparou no positivismo para os golpes desferidos contra Cousin. Mas no abandono do positivismo é que está o mérito do pensador. Entre a ideologia que negava a evolução e a evolução própria transformada em ideologia, optava ele pela última, e aí reside o seu ingresso no germanismo". E arremata: "era, pois uma tomada de posição filosófica. Assim como se identificava o ecletismo com o espírito francês da Restauração, identificavam-se evolucionismo e espírito germânico" (MERCADANTE, p. 156).

Nesse contexto, consegue Tobias Barreto, em certa medida, preservar a intelectualidade nordestina da tradição comteana que assola o Império brasileiro, ao menos no sul, região essa quase que eivada de invulnerabilidade filosófica. Seguindo uma linha notadamente neokantiana, tenta incorporar um certo cientificismo não dogmático, reivindicando a metafísica e a consequente – e necessária – implantação de um humanismo.

Ensinava o mestre, desde 1875:

> É preciso que nos convençamos: a magna questão dos tempos atuais não é política, nem religiosa, é toda social e econômica. O problema a resolver não é achar a *melhor forma de governo* para todos, porém, a *melhor forma de viver* para cada um; não é *tranqüilizar as consciências*, porém, *tranqüilizar as barrigas*. Que importa ao homem do povo que lhe dêem o direito de *votarem quem quiser*, se ele não tem o direito de *comer o que quiser*? Que lhe aproveita a liberdade de ir ao templo, quando queira, e orar ao Deus, como lhe aprouver, se ele não tem o poder de ir ao mercado, quando lhe apraz, e comprar o que precisa. Nada há menos político e religioso, do que a fome. O peito agüenta meia dúzia de pancadas em ar de contrição; os joelhos suportam largas horas de posição devota em cima de tijolo; mas a barriga... oh! é uma libertina; não sofre com paciência dez minutos de necessidade. Assim, o que convém mais que tudo, é dar ao povo os meios de passar *melhor* e não enchê-lo de contínuo incenso, chamando soberano a esse pobre *João sem Terra*, como justamente o qualificou Proudhon (BARRETO, 1926a, p. 126).

Mas o germanismo por ele cultivado destacou estudos peculiares que foram compilados atabalhoadamente (é o autor quem assim confessa: "o que eu podia dizer para justificar-me da exquisitice de dar ao publico um livro dessa natureza, apparentemente sem unidade e sem homogeneidade..." – BARRETO, 1926b, p. XXXII).

Merece atenção o que observa a respeito do nacionalismo de *Henrique von Treitschke e o movimento anti-judaico na Alemanha*:

> (...) é certo que não conheço, na prosa moderna, um escriptor mais finamente persuasivo, mais insinuante, e quase podia dizer mais perigoso que o fecundo auctor dos Historische Aufsätze. Monarchista e imperialista convicto, sob a bandeira da unidade allemã, Treitschke tem, entre outros, o grande merito de haver afirmado o imperio, quando isto ainda era um sonho, e muito antes que o grande acontecimento viesse dar razão ao sonhador. Assim anteriormente a Sedan, anteriormente mesmo a Konnigrutz, em 1863, no seu notavel discurso proferido em Leipzig por occasião de uma festa popular, já elle traçava o plano geral do edifício, que sete annos depois ergueu-se majestoso; já elle, por assim dizer, e para servir-me de uma expressão accomodada ao assumpto, *messianizava* sobre a futura grandeza da Allemanha (*Idem*, p. 350).

O tomo se estrutura em livres ensaios que perpassam inúmeros assuntos, *da influencia do salão na litteratura*, de *um ensaio de pre-historia da litteratura classica allemã*, aos aspectos religiosos apontados em *uma pequena excursão no dominio da theologia*, ou nas *notas de critica religiosa*.

A vertente de abordagem de Tobias Barreto é notavelmente crítica, no que em muito se diferencia dos juristas anteriormente analisados.

Escreveu sobre *A questão do poder moderador*, onde admite de plano encontrar todas as questões de direito público brasileiro. Mas escreveu de forma "atravessada", no sentido contrário ao dos autores "liberais" e "conservadores", no contraponto das estruturas de ordem e poder dominantes. E com muito sarcasmo: "Não duvido que sejam sinceros os publicistas brasileiros em perscrutar o que eles dão como natureza e fundamentos racionais do poder moderador; todavia não deixam de levar em seus escritos alguma coisa de fútil e mesquinho, com que terá de divertir-se a geração futura" (BARRETO, 2001, pp. 187-188).

Tobias Barreto escavou a crença quase religiosa na Constituição e a fé inabalável na centralização admitidas pelos juristas publicistas do Império, que vangloriavam a lei – constitucional – como supremacia das garantias fundamentais e a soberania do Imperador como eficácia de tais garantias. Aproveitou, nessa toada, para criticar a monarquia constitucional, instituição "cujo menor defeito tem sido derramar no espírito nacional um desânimo incurável e como que o tédio mesmo de uma velhice precoce" (*Idem*, p. 191).

Mas crê o autor, afinal, no legalismo como garante da liberdade, quando fundamenta o argumento na experiência inglesa (com especial destaque ao interesse público, ou "coletivo"):

> O que dá vida e força a uma sociedade, não são os trabalhos e cuidados do seu governo, por mais justo e regular que ele se mostre. A liberdade que é princípio essencial da ordem pública, encerra alguma

> coisa de análogo à alma humana, no sistema dos animistas: – dá-se um corpo, articula-se, organiza-se a si mesma. Para ser útil e eficaz, ela deve ser semelhante a certos agentes químicos, que só se encontram na natureza em estado de combinação. (...)
>
> O regime parlamentar dos ingleses é um regime segundo as leis e por meio das leis.
>
> O que nos apraz designar pelo nome de constitucional, ali é simplesmente legal. As leis, por que se regula o exercício da autoridade pública, têm adquirido uma extensão crescente desde o tempo da *Magna Carta*. O direito administrativo inglês baseado em inúmeros estatutos do parlamento e milhares de leis, forma a parte desconhecida da Constituição do Estado, sobre a qual foi que Blackstone escreveu uma introdução (*Idem*, pp. 200-201).

Chamou o jurista de "estranhável" e "ridículo" o intento brasileiro de querer fundar bases (de um estado de direito) nacionais nos moldes estrangeiros. Por uma questão de "cultura" e de "civilização"!

Ao combater Constant, Uruguai[44], Brás e especialmente Zacarias (cujo texto sobre o Poder Moderador é "grande motivo de desesperação para o nosso país"), Tobias Barreto atingiu o âmago crítico de Poder Moderador com a preliminar verificação das suas origens – num maior distanciamento histórico –, no contexto de homens que viram "a revolução mentir e faltar a todos os seus compromissos" (*Idem*, p. 215): a questão do Poder Moderador – que carrega consigo, de certa maneira, a centralização, a soberania e o legalismo (essa "modernidade jurídica" que se está estabelecendo) – perpassa pela questão da responsabilidade ministerial, que se conecta, por sua vez, à questão maior da responsabilidade dos ministros nas monarquias constitucionais.

E esse é o ponto fulcral, para Tobias Barreto: se há ou não há, se é possível haver ou não é possível haver, no Brasil, um governo parlamentar. A crítica desemboca no ponto nevrálgico do próprio Estado [imperial] brasileiro, já às vésperas de seu encerramento.

Não obstante, as contribuições de Tobias Barreto, tanto teóricas quanto práticas, conduzem a uma expressão dissonante do sujeito político que se pretende ver constituído no Brasil.

3 Elementos para formação de uma cultura jurídica no Brasil

A cultura jurídica brasileira se forma no Império a partir de inúmeros contributos, mas é perfeitamente viável perceber na produção legislativa e doutrinária – em âmbito de direito público – o princípio de uma clara intenção

[44] Disse o jurista que Paulino José, acerca do Poder Moderador, em seu *Ensaio*, "não é menos interessante pelo tom decisivo e austero, com que pareceu querer, por uma vez fechar o debate". Disse ainda que "o nobre Visconde tinha os defeitos próprios de um legista: – dogmatismo, atitude magistral, e pouca ambição de descer ao fundo". (*Idem*, p. 213).

em se distanciar dos preceitos jurídicos portugueses, que ainda perduravam – e perduraram – pelo início do século XIX no Brasil.

Assim, as obras e produções analisadas, plenamente inseridas no contexto da modernização jurídica no Brasil, dão pistas ou sinais para o entendimento de uma cultura jurídica brasileira de direito público, ao longo do século XIX.

Cabível, pois, como se fez, a abordagem transversal e contextualizada dessa produção, na apresentação das principais categorias que permeavam o próprio labor desses juristas: o bacharelismo, o ensino jurídico, o papel do Conselho de Estado e do Poder Moderador e a inserção dos juristas nesse meio, a associação profissional dos advogados atuantes, a ciência jurídica nos limites e confrontos com o legalismo.

Porém, essa temática específica e ampliadora do objeto caberá em outro texto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Tobias. Varios Escriptos. Em Obras Completas, v. X. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926.

BARRETO, Tobias. Estudos allemães. Em Obras completas, v. VIII. Aracaju: Ed. do Estado de Sergipe, 1926.

BARRETO, Tobias. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Landy, 2001.

BUENO, José Antonio Pimenta. Relatorio da Repartição dos Negocios da Justiça apresentado á Assemblea Geral Legislativa na 1ª Sessão da 7ª Legislatura em 1848 pelo respectivo Ministro e Secretario d'Estado José Antonio Pimenta Bueno. Rio de Janeiro: Typ. do Diario de N. L. Vianna, 1848.

CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem. 3ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. Entre a autoridade e a liberdade. In: SOUSA, Paulino José Soares de. Paulino José Soares de Sousa. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 61-76, 2006.

GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, António Manuel. Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

LOSANO, Mario G. La biblioteca tedesca di Tobias Barreto a Recife. In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 21. Milano: Giuffrè, 1992.

LÖWY, Michel. As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na teoria do conhecimento. 5ª ed., São Paulo: Cortez, 1994.

MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação. São Paulo: Grijalbo, Editora da USP, 1972.

MORAES FILHO, Evaristo de. Medo à Utopia. O pensamento social de Tobias Barreto e Sílvio Romero. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MOTA, Carlos Guilherme (coord.). Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro, v. I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

SOUSA, Paulino José Soares de. Paulino José Soares de Sousa. [Ensaio sobre o direito administrativo]. Org. e introdução de José Murilo de Carvalho. São Paulo: Ed. 34, 2002.

VASCONCELLOS, José Marcellino Pereira de. Codigo Criminal do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro: Antonio Gonçalves Guimarães & C., 1860.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

OPINIÃO PÚBLICA E IMPARCIALIDADE NAS JUSTIÇAS PENAIS MILITAR E COMUM

PUBLIC OPINION AND IMPARTIALITY IN THE MILITARY AND COMMON CRIMINAL JUSTICES

DÉBORA VENERAL
Doutora em Direito – Advogada criminalista

RESUMO: Pretendeu-se efetuar uma reflexão sobre o poder dos veículos de comunicação de massa quando, por meio das notícias, formam a opinião pública e motivam o clamor popular. Este artigo faz uma abordagem sobre o desenvolvimento da opinião pública no âmbito da área jurídica, naquilo que afeta os julgamentos pela Justiça Militar e pela Justiça Comum. A partir das notícias veiculadas na mídia, pode-se inferir que ocorre a intervenção das informações no julgamento antecipado dos acusados, muitas vezes com a aplicação de pena máxima. No processo penal, a influência dos meios de comunicação de massa motiva, muitas vezes, a comoção social a partir da opinião pública, que gera como consequência a violação da imparcialidade do juiz nos julgamentos. Assim, trata-se aqui de refletir sobre a importância de avaliar a expansão e o acesso às informações, a partir principalmente da evolução tecnológica, dos novos meios de comunicação, dos aspectos legais e constitucionais. Também, de analisar as consequências da propagação de conteúdos inverídicos e sua repercussão no cenário geral, com os danos causados à violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Propõe este texto uma reflexão acerca da prévia filtragem das informações antes de seu lançamento na mídia, porém, sem perder sua essência. Enfatiza a plenitude da liberdade de informação abordando os três níveis, o da liberdade de informar, de ser informado e de se informar, de modo a proporcionar, dentro do Estado Democrático de Direito, a preservação da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar; justiça comum; opinião pública; comunicação de massa; comoção popular; crimes; processo penal; direito à informação; liberdade de expressão; dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

A expansão de Napoleão Bonaparte e do Exército Francês pela Europa acabou por produzir efeitos no Brasil. Para salvar-se, o Rei de Portugal Dom João VI fugiu com a Corte para o Rio de Janeiro e no mesmo ano (1808)

instaurou o Conselho Supremo Militar e de Justiça. Com este passo – por uns tido por ousado, por outros como grande covardia – o Príncipe Regente do Brasil – título de Dom João VI em sua nova realidade transatlântica – estabeleceu o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves no ano de 1815. Percebe-se que a Corte Castrense é tão importante que foi instituída mesmo antes do novo Reino.

Transformado o Brasil numa República Federativa, com a Constituição de 1891, o antigo Conselho Supremo Militar passou a ocupar o topo da Justiça Militar da União e o seu nome foi trocado para Supremo Tribunal Militar. O nome definitivo da Corte Castrense adveio com o fim do Estado Novo, quando a Constituição de 1946 o alcunhou de Superior Tribunal Militar (STM).

Com a destituição do Presidente João Goulart e a instauração do governo militar no Brasil, o STM teve destacada proeminência no cenário nacional, sobretudo porque não se transformou num tribunal de exceção pró-ditadura militar. A propósito, durante o regime militar o STM teve destacada independência porquanto concedia *habeas corpus*. Mas esta boa característica não foi só o que marcou o STM durante o período de ditadura militar: também houve vicissitudes e julgamentos menos afortunados, fator este que não é uma exclusividade do STM, mas que influenciou todas as Cortes Superiores de Brasília e o Judiciário brasileiro como um todo naquilo que se pode chamar de subserviência parcial à ditadura.

Passada a redemocratização brasileira e promulgada a Constituição de 1988, o grande momento do STM foi a Lei nº 13.774/2018, sancionada pelo Presidente Michel Temer, que trouxe mudanças importantíssimas e bastante significativas na atuação da Justiça Militar da União.

Feitas as considerações introdutórias para cumprir o fim de dar conta ao leitor da história do STM, a segunda parte deste artigo se aplica não só ao STM, mas a toda a estrutura judicial brasileira, isso porque tanto a Justiça Castrense quanto outras Justiças Especiais ou mesmo a Justiça Comum são vulneráveis, pelo menos em tese, à opinião pública e à imparcialidade.

Encerra-se esta parte introdutória com os seguintes dizeres: não quer este artigo afirmar que a Justiça Militar da União é imparcial, nem quer sustentar que qualquer outro ramo do Poder Judiciário se marque pela imparcialidade. Pelo contrário, tanto a Justiça Militar da União quanto o Judiciário brasileiro como um todo são merecedores de toda a fé dos jurisdicionados brasileiros. Todavia, como tudo na vida, estão sim sujeitos à opinião pública e ao poder midiático, razão pela qual os magistrados devem manter a serenidade no cumprimento de suas funções constitucionais, de modo a se protegerem do estrelato midiático e da disseminação de notícias falsas.

Assim, pretende-se, neste artigo, proporcionar ao leitor uma visão sobre a opinião pública em relação à área jurídica, a intervenção das informações no

julgamento antecipado dos acusados no direito penal, a influência dos meios de comunicação de massa e as consequências da violação da imparcialidade do juiz nos julgamentos.

É o caso em que um catalizador de opinião pública tem o poder de direcionar um julgamento, violando o princípio da presunção da inocência e condenando o acusado antes mesmo da finalização do processo.

O acesso às informações, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação – cuja velocidade é impossível de controlar –, tem violado os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ora, conforme a Carta Constitucional, todos têm direito à liberdade de expressão, com a garantia de um processo justo que contemple o princípio do contraditório e ampla defesa, não se podendo olvidar que estamos num Estado Democrático de Direito. Ademais, todos os processos demandam a observância da presunção da inocência, aliada à imparcialidade do juiz.

No entanto, não é o que tem ocorrido nos últimos tempos, pois as informações são divulgadas previamente, o que nos leva à preocupação tanto com sua veracidade quanto com a influência e a repercussão que podem causar. Importante ressaltar que não se trata de impedir os meios de comunicação de divulgar as informações a respeito de determinados fatos, cujo conteúdo possa influenciar antecipadamente a decisão judicial, mas, ao contrário, pretende-se assegurar o direito constitucional e as garantias fundamentais do cidadão, bem como a imparcialidade do Juiz, ainda que a comunicação de massa promova a formação da opinião pública.

A importância de resguardar a liberdade do conteúdo informativo veiculado pela imprensa não deve ter restrições e muito menos censura, pois o direito à informação é uma das garantias das sociedades democráticas. Os meios de comunicação de massa – que disseminam a informação mediática e influenciam os indivíduos por meio de internet, rádio, televisão – têm o poder de promover a construção de uma realidade social que surge da comoção popular.

Em se tratando do Poder Judiciário, o conflito jurisdicional emerge quando se tem, de um lado, o direito de ser informado e, de outro, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas. Nos dias atuais, quem detém a informação detém o poder. Poder este, por vezes, de influenciar a opinião pública ou, ainda, a tomada de decisões.

Mas a liberdade de expressão, que está inserida também na Declaração de Direitos do Homem (ONU, 1948), contempla a liberdade de opinião e o direito de informação, de modo que, ao censurá-las, estar-se-á limitando a manifestação da opinião pública. Inclusive, note-se que a liberdade de expressão é direito fundamental intransferível, inerente a todas as pessoas, incorporando-se e se confundindo com o conceito de dignidade da pessoa humana.

O fato é que a opinião pública no mundo contemporâneo tem grande relevância, pois, ainda que por amostragem, pode ser utilizada para justificar uma absolvição ou condenação no processo penal, quando do julgamento de uma causa, sobretudo as polêmicas, que envolvem o clamor público.

2 OPINIÃO PÚBLICA

O tema da opinião pública tem registro na história com a manifestação de opinião na Grécia antiga no século V a.C. A evolução histórica da opinião ocorreu desde os filósofos da Antiguidade até os pensadores modernos. A opinião pública tem destaque na Ciência Política a partir dos principais pensadores, entre os quais Hobbes, Locke, Rousseau e Kant.

De acordo com Emerson Urizzi Cervi (2013, p. 24):

> A elaboração de um conceito ou teoria da opinião pública tem início formalmente no final do século XVII e segue até a primeira metade do século XIX. Nesse período, multiplicavam-se as reflexões sobre o que é a opinião pública, especialmente sobre seu papel na nova ordem política. Era baseada no poder limitado, dividido, na garantia do direito, da liberdade do indivíduo e na publicidade da ação política. Esta, então, fica submetida à vigilância dos cidadãos, ou seja, da opinião pública. Apesar de o conceito de opinião pública ter ainda nos nossos dias uma formação intelectual inacabada, o fenômeno a que se refere o conceito supõe alguns comportamentos coletivos e uma determinada atitude a respeito de quem exerce o poder. É, na verdade, um fenômeno tão antigo quanto a própria sociedade humana.

Todas as pessoas têm opinião e os relacionamentos ocorrem com a expressão de sua individualidade. Por meio da opinião o indivíduo revela seus pensamentos e julgamentos, bem como sua visão de mundo.

Conforme Souza (2010, p. 144), [...] a "opinião pública" passa a exigir das instituições democráticas (Executivo, Legislativo e Judiciário) um comportamento que se amolde à nova realidade social estabelecida pelos meios de comunicação em massa, sob pena de pôr em risco a sua própria legitimação social e democrática.

É importante abordar alguns conceitos que envolvem a expressão opinião pública, sendo que a palavra opinião vem do latim *opinio*, que significa "conjectura e crença", e opinar deriva do latim *opinari*, "pensar e julgar".

O termo opinião está relacionado com a forma como se expressa principalmente o pensamento, o juízo de valor e pela interpretação dos fatos que são observados e que têm o poder de transformar a realidade social.

Em 1922, o jornalista Walter Lippmann publicou sua obra intitulada *Opinião Pública* e indica, no estudo, a maneira como se formam as opiniões; principalmente, explora a questão dos estereótipos que muitas vezes os indivíduos têm uma visão equivocada dos fatos, pois visualizam somente o que

imaginam e não percebem a realidade. Dessa forma, a realidade é percebida pelo indivíduo a partir das imagens que são os estereótipos. A propósito da construção das imagens na semiótica, Luciana Coutinho Pagliarini de Souza (2010, 150p.) leciona que "(...) é muito provável que um evento do mundo físico não seja o mesmo daquilo que é relatado pelo discurso fático. É aí que a imagem e a construção da melhor versão acaba por preponderar, inclusive em detrimento daquilo que realmente é ou daquilo que realmente ocorreu".

Lippmann (2008, p. 40) destaca sobre a opinião pública:

> Aqueles aspectos do mundo que têm a ver com o comportamento de outros seres humanos, na medida em que o comportamento cruza com o nosso, que é dependente do nosso, ou que nos é interessante, podemos chamar rudemente de opinião. As imagens na cabeça destes seres humanos, a imagem de si próprios, dos outros, de suas necessidades, propósitos e relacionamentos, são suas opiniões públicas.

O referido autor também expõe que a opinião pública deve se formar a partir da criticidade do modelo democrático, principalmente em relação à manipulação da informação relacionada ao campo político.

Matheus (2011, p. 120) enfatiza que "a palavra público adquire um significado novo quando aliada à palavra opinião".

> Em síntese, tanto como adjetivo como substantivo, "público" tanto é um conjunto ilimitado de indivíduos vivendo em um espaço delimitado, como também tudo que lhe pertence ou que ali se faz, é a própria realidade social da natureza humana. É a soma de todas as vidas, de todas as vontades e também de todas as opiniões. Quando alguém se dirige ao "público", todos os indivíduos são convocados a se portarem como interlocutores: falando com todos e nenhum em particular. Falar em público é falar para todos e também para cada um.

Elisabeth Noelle-Neumann (1995, p. 33) informa que a opinião pública corresponde a um conjunto de comportamentos que espelha a mentalidade e atitudes no âmbito coletivo. A autora desenvolveu a Teoria Espiral do Silêncio, que aprofunda a questão relacionada à pressão social e ao medo do isolamento, sendo que aqueles indivíduos que estão em minoria acabam ficando em silêncio, ocorrendo a falta de expressão de sua opinião mas não mudando suas convicções. Dessa forma, somente irá expressar sua opinião quando acreditar que sua opinião pessoal está de acordo com a opinião da maioria. É a influência da *mass media* que imprime a opinião dominante. Aí a opinião pública aparece como forma de controle social, pois os indivíduos acabam adequando seu comportamento à opinião da maioria. Noelle-Neumann (1995, p. 182) define que "apoiando-se sobre este conceito de um processo interacionista engendrando uma espiral do silêncio, define-se a opinião pública como esta opinião que pode ser expressa em público sem risco de sanções, e sobre a qual pode apoiar-se a ação levada em público".

A autora lançou o livro em 1984, intitulado "A espiral do silêncio: a opinião pública – nossa pele social", e destaca que a *mass media* exerce o poder do silêncio sobre os indivíduos que não manifestam sua opinião devido ao medo do isolamento, sentindo-se ameaçados pela sociedade e com medo da exclusão. Dessa forma, ocorre sempre uma avaliação sobre o clima de opinião. A autora desenvolve o estudo de opinião pública por meio das pesquisas de opinião.

> Assim, ao perceberem – ou imaginarem – que a maioria das pessoas pensa diferentemente delas, essas pessoas acabam, num primeiro momento, por se calarem e, posteriormente, a adaptarem, ainda que muitas vezes verbalmente, suas opiniões às dos que elas imaginam ser a maioria. Em consequência, aquela opinião que, talvez de início, não fosse efetivamente a maioria, acaba por tornar-se a opinião majoritária, na medida em que se expressa num crescente movimento de verbalização, angariando prestígio e alcançando a adesão de indecisos (HOHLFELDT; MARTINO; FRANÇA, 2001, p. 230-231).

Monique Augras (1970, p. 11) ressalta que "a opinião é um fenômeno social. Existe apenas em relação a um grupo, é um dos modos de expressão desse grupo e difunde-se utilizando as redes de comunicação do grupo". Para Sarah Chucid Da Viá (1983, p. 11), a "Opinião pública é fenômeno coletivo, porém se apoia numa realidade individual. Daí sua complexidade. Também sabemos que o comportamento dos indivíduos nos grupos é diferente de seu comportamento pessoal e isolado". Said Farhat (1992, p. 27) afirma que toda manifestação de opinião pública é só uma foto: retrata um momento fugaz. É simultaneamente volúvel e volátil: você a vê uma hora, busca-a uma hora depois, e ela pode ter mudado ou desaparecido de todo e até sem deixar vestígios. Da Viá (1983, p. 29) relata que, sendo essencialmente expressão, a opinião pública é de natureza comunicativa e interpessoal. Serve de mediadora entre o mundo exterior e a pessoa sob dois aspectos:

1) Adaptação à realidade e ao grupo: A adaptação à realidade faz-se através da avaliação crítica dos acontecimentos, propiciando o constante reajuste das relações entre os indivíduos e o meio. Mas a função principal da opinião é de adaptar o indivíduo ao grupo. É a opinião que faz aceitar a pessoa pelo grupo. As opiniões consideradas como inaceitáveis pelo grupo são apresentadas pelo indivíduo com a maior cautela; inversamente, se alguém tiver necessidade de agressão e de autonomia, expressá-las-á sem restrições.

2) Exteriorização: permite ao indivíduo descarregar as tensões, expressando suas necessidades.

Segundo Cervi (2010, p. 77-78), citando Davison (1958), autor este que no final dos anos 1950 definia opinião pública como a posição de um integrante de um público sobre um assunto que também é público, esperando que outros integrantes do mesmo público tenham orientação parecida com a

dele sobre o assunto. O mesmo autor (2013, p. 33) enfatiza que as fontes de influência na opinião individual, além da difusão de informações pela mídia, podem ser divididas em três grupos:

- O grupo primário, visto que as relações entre os indivíduos acontecem face a face. São os integrantes da família, colegas de trabalho e outros.

- O grupo secundário: quando a relação face a face entre quem emite uma mensagem ou opinião e quem recebe é rara, tal como um sindicato, partido político, entidade representativa de segmento social etc.

- O grupo terciário: não sendo constituído de uma organização formal.

Ainda Cervi (2013, p. 34) destaca que a identificação dos grupos de influência é importante, pois eles apresentam distintas intensidades nos processos de formação e mudança de opinião.

A opinião pública não é apenas a expressão do pensamento e opinião individual e sim a formação do julgamento coletivo. O indivíduo expressa sua opinião de acordo com os fatos vivenciados. A união das opiniões das pessoas é fortalecida a partir da conversão em opinião publicada.

A discussão da expressão Opinião Pública é complexa e a elaboração do seu conceito aplicado à área jurídica ainda se encontra em discussão. Seu significado deve permear as questões que envolvem o campo jurídico, ampliar sua discussão devido ainda estar em construção, bem como ser compatível com a nova realidade da democracia. Segundo Cervi (2013, p. 24), "de qualquer maneira, tratar do conceito de opinião pública não é simples, visto não existir ainda uma base conceitual consolidada".

Carlos Matheus (2011, p. 97) faz uma distinção de opinião com relação ao campo jurídico e político.

> Como julgamento, a opinião tem seu uso mais frequente tanto no campo do direito como no da política. Em ambos os casos, as questões éticas estão presentes. O jurista converte em normas o julgamento que faz a respeito das condutas humanas em geral e se aplica estas normas a cada ser humano, em particular. O político formula julgamentos a respeito das necessidades coletivas; ao fazê-lo, julga estar interpretando os julgamentos presentes na coletividade que governa. No caso do político e do jurista, suas opiniões têm um aspecto bilateral que não ocorre com o cientista: estão sempre diante das opiniões de outras pessoas que também os julgam. No caso do político, suas opiniões são julgadas por seus governados e, no caso do jurista, suas opiniões são julgadas pelas pessoas sobre as quais recaem seus julgamentos.

Conforme Cervi (2013, p. 24), "em função dos resultados obtidos recentemente com estudos empíricos, a visão pessimista da opinião pública tem sido substituída por uma abordagem mais realista, principalmente a partir da incorporação de elementos de psicologia cognitiva".

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os meios de comunicação exercem influência na formação da opinião pública de modo incontrolável, levando à população todo o tipo de informação, sejam elas benéficas à sociedade ou não. Verificamos, de um lado, o direito de informar e o de ser informado; de outro, o direito à tutela da liberdade de informação.

Nesse sentido, em se tratando da propagação das informações, é o ensinamento de Souza (2010, p. 38):

> Na globalização, esse poder de infiltração dos meios de comunicação em massa pode ser comparado a um *tsunami* que se forma em decorrência de um abalo sísmico (fato a ser informado) e que irradia seus efeitos ou sua energia de tal maneira, que a capacidade humana não tem como impedir ou bloquear a sua constituição e propagação.

Dessa forma, verifica-se que os meios de comunicação podem construir uma realidade própria que influencie diretamente na decisão do Poder Judiciário em se tratando das causas julgadas no direito penal brasileiro. É o clamor popular que pode tentar influenciar julgamentos tanto do STM e da Justiça Militar da União quanto de qualquer outro tribunal pátrio, o que não significa necessariamente que o requisito constitucional da imparcialidade será violado pela tentativa de influência da *mass media*; basta ao juiz ser honesto e reservado.

Conforme Souza (2010, p. 122):

> Os meios de comunicação em massa, ao construírem uma realidade social própria da criminalidade, delimitam o campo hermenêutico do juiz criminal, a fim de que os topóis, isto é, os lugares considerados corretos para a solução do problema jurídico, sejam aqueles previsivelmente delineados pelos *mass media*.

No entanto, apesar de toda a liberdade de expressão é de se considerar que direitos devem ser preservados. Para Cordeiro (2010, p. 14), é, acima de tudo, regra de proteção humana. Afasta-se do juiz o dever de fechar os olhos e a consciência ao que viu diariamente nos jornais, internet e televisão, quando da valoração das provas no julgamento criminal.

Ora, o que não se pode compactuar é que haja censura nos meios de comunicação de massa, pois se houver censura então estará sendo limitada a própria liberdade de opinião. E não é esse o objetivo, pois o que se deve fazer é compatibilizar a liberdade de expressão com a garantia constitucional de um processo justo com todas as garantias, principalmente quando se trata da imparcialidade.

Segundo Souza (2010, p. 236):

> A questão não é impedir os meios de comunicação de divulgar o conteúdo de um determinado processo penal ou mesmo o seu julgamento, mas, sim, encontrar mecanismo de salvaguardar a decisão

> judicial de qualquer forma de pressão ideológica e irracional que possa acarretar mácula ao princípio da imparcialidade do juiz.

Ademais, as liberdades de informação e opinião, além de estarem incluídas dentre os direitos humanos, são a base de sustentação política de um Estado liberal, mesmo porque a informação também tem uma função social, qual seja, informar as pessoas da sociedade de modo que esta tenha contato com o que se passa no mundo que a rodeia e, com base nas informações, possa expressar sua opinião, expor seu pensamento e tomar decisões, como é de direito em qualquer sociedade organizada.

Por outro lado, a imprensa, como disseminadora de informações, para que efetivamente cumpra sua função social, não pode ser censurada, nem obstada por proibições ao seu direito/dever de informar. Assim, a liberdade de informação jornalística pressupõe responsabilidades e limites, porém, dada a quantidade de informações, sabemos que nem sempre é possível filtrar tudo o que será comunicado. A diretriz dada é que, sentindo-se ofendida, a pessoa poderá exercer o direito de ação em busca da reparação dos danos sofridos.

E, ainda, a mídia que, diferentemente dos tempos primórdios, demorava tempo para disponibilizar as informações, agora não convive com esse fator temporal, pois as informações chegam numa velocidade meteórica. Porém, essa facilidade traz consigo maiores preocupações no que concerne ao cuidado e à reflexão sobre o tema divulgado, especialmente em se tratando de ações penais perante o STM ou perante qualquer outro juízo.

Considere-se também, além da evolução tecnológica e avanço dos meios de comunicação, que, não obstante a liberdade de expressão e informação, bem como a formação da opinião pública, é imprescindível a preservação dos direitos fundamentais do homem e, por consequência, a dignidade humana.

Com relação à definição de dignidade humana, Alexandre de Moraes (2000), citado por Breus (2007, p. 169), explica que:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente [a] pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [...]

Outra questão totalmente vinculada ao direito de expressão e liberdade de informação é a publicidade, que em muitos casos, sobretudo em se tratando de questões voltadas a julgamento de delitos penais militares ou civis, acaba se construindo apenas virtualmente e como um espetáculo passível de nulidade.

No Brasil, vivenciamos cotidianamente situações fáticas passíveis de influência midiática, sobretudo quando se referem a questões que causam

repercussão social. Em regra, a influência acontece quando os fatos ocorridos, especialmente os crimes contra a vida, causam repercussão e comoção social, infringindo valores éticos e morais e ultrapassando os limites de bom senso do ser humano, pela sua hediondez.

Estamos na chamada era da comunicação de massa, por intermédio dos programas de rádio, televisão, jornais, internet e outros meios postos mundialmente à disposição das pessoas e em razão disso é que se clama, muitas vezes, pela inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que venham coibir o acesso à informação pela própria sociedade, ou ainda, o pedido de nulidade das decisões que violam preceitos constitucionais, dentre eles o próprio princípio da imparcialidade do juiz. Para Souza (2010, p. 236), o que se pretende é compatibilizar a liberdade de expressão (sem censura) com a garantia constitucional de um processo justo, principalmente no que tange à imparcialidade.

4 O DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação, conforme o art. 1º da Constituição Federal, é um direito fundamental. Alguns instrumentos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu art. 19, dispõem que "todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão". A Convenção Europeia dos Direitos do Homem no art. 10º, § 1º, estabelece que:

> Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

Os meios de comunicação têm como função social veicular e transmitir as notícias. Para Souza (2010, p. 38) ao "direito de informar" e ao "direito de ser informado" se acrescenta o "direito de tutelar a liberdade de informação como um bem pessoal". Os meios de comunicação, a mídia e a importância da informação para os cidadãos têm em contrapartida a garantia constitucional da liberdade de imprensa, a liberdade de expressão. Segundo Souza (2010, p. 236), a liberdade de opinião e informação, assim como de reunião, que compreende o direito de se manifestar, inclui-se na atualidade entre os direitos humanos. Existe a preocupação com relação à divulgação das informações por meio das mídias de massa. Na realidade, ao se censurar os meios de comunicação de massa, de certa forma se está também limitando a própria liberdade de opinião pública. É o caso das matérias com foco nos julgamentos criminais que

promovem interesse da sociedade, com os espectadores ávidos para saber das notícias e conhecer as opiniões sobre os fatos por meio dos jornais, da internet, programas de televisão e rádio.

De acordo com Souza (2010, p. 148), não se pode negar que na sociedade moderna o ser humano se encontra num constante diálogo e esse diálogo é, cada vez mais, globalizado e individualizado entre ele e a máquina (TV, rádio, computador, internet etc.).

Ana Lúcia Menezes Vieira (2003, p. 104), com relação à crônica judiciária, destaca o direito de informar dos meios de comunicação:

> Um desses meios, entre outros, que são dispostos a intermediar a notícia dos fatos criminosos e da atuação da Justiça em relação a seus autores. Ela representa um aspecto particular da liberdade de manifestação do pensamento, uma espécie de atividade jornalística que decorre do direito de os meios de comunicação informar. Distingue-se da crônica em geral pela peculiaridade de seu objeto, ou seja, é a exposição de fatos atinentes não a fenômenos sociais, políticos ou culturais, mas é específica a fatos relacionados aos atos judiciais.

Os meios de comunicação de massa, ao divulgarem informações sobre a criminalidade, constroem um ponto de partida de uma argumentação e espelham as realidades assim, influenciando a formação da opinião pública.

Nesse sentido, Mattje (2012, p. 354) enfatiza a importância da comunicação:

> A comunicação é um direito inalienável e cada cidadão deve lutar para que seja respeitado. Os meios de comunicação de massa devem ser transformados em fóruns privilegiados de educação, não somente disseminando informações, mas também promovendo intercâmbio de experiências, métodos e valores.

É fundamental desenvolver mecanismos jurídicos que protejam o conteúdo do processo penal e do julgamento, para que não ocorra pressão na decisão judicial e que sejam garantidos o princípio de imparcialidade e as garantias constitucionais dos acusados.

O Processo Penal Militar ou o Processo Penal Comum devem ser instrumentos de garantia da liberdade do acusado, sendo necessário considerar os princípios constitucionais como o art. 5º da Constituição, os direitos e garantias fundamentais (o inciso LIV, questões pertinentes ao processo legal; as questões relacionadas com o inciso LV, a ampla defesa; o inciso LVII, referente à presunção de inocência; inciso LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; inciso LX, a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem). Além disso, devem-se interpretar as particularidades processuais penais a partir do artigo 1º da Constituição: "A República Federativa

do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

5 A INTERVENÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E O PREJULGAMENTO DOS ACUSADOS NO PROCESSO PENAL

A pressão da opinião pública faz com que se clame por justiça e, por isso, muitas sentenças vêm sendo criticadas, principalmente por advogados criminalistas, que entendem tratar-se de decisões contrárias aos princípios constitucionais. No entanto, tendo em vista a avalanche de informações que são divulgadas, é impossível acreditar que estas não influenciem de um modo ou outro quando do julgamento dos processos. Porém, o grande desafio é saber se ao final estas condenações foram justas ou injustas, considerando o peso da interferência da opinião pública no julgamento da causa.

Nesse sentido, Sanguiné (2001, p. 268) relata que:

> Quando os órgãos da Administração de Justiça estão investigando um fato delitivo, a circunstância de que os meios de comunicação social proporcionem informação sobre o mesmo é algo correto e necessário numa sociedade democrática. Porém uma questão é proporcionar informação e outra realizar julgamentos sobre ela. É preciso, portanto, partir de uma distinção entre informação sobre o fato e realização de valor com caráter prévio e durante o tempo em que se está celebrando o julgamento. Quando isso se produz, estamos ante um juízo prévio/paralelo que pode afetar a imparcialidade do Juiz ou Tribunal, que, por sua vez, se reflete sobre o direito do acusado à presunção de inocência e o direito ao devido processo.

Em se tratando do julgamento dos processos, sobretudo aqueles de grande clamor popular e especificamente dos crimes contra a vida, onde é necessária a participação do conselho de sentença quando das causas submetidas ao Tribunal do Júri Popular, pois as pessoas, em regra, não possuem formação acadêmica, especialmente na área jurídica, é sabido que a mídia exerce papel de extrema relevância, a ponto de influenciar o julgamento e a votação dos jurados. Odone Sanguiné (2001, p. 259) discorre que "[...] clamor público não significa o simples vozerio, os gritos de várias pessoas juntas apontando alguém como culpado, nem se confunde com o conceito mais amplo de ordem pública". O referido autor (2001, p. 260-263) destaca ainda o conceito de clamor social:

> Dentre os conceitos empregados na jurisprudência como sinônimos de "clamor social", citam-se: a repercussão do crime na comunidade; a necessidade de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça; a satisfação da opinião pública, a proteção à paz pública; e a comoção social ou popular.

O prejulgamento viola o princípio da presunção de inocência, pois o acusado tem direito a ter um julgamento com a imparcialidade do juiz e proteção de seus direitos no âmbito do processo legal.

Carolina de Freitas Paladino (2012, p. 43) discorre sobre o princípio da presunção de inocência:

> Nesse sentido, o processo penal é marcado pela presença de princípios ligados à proteção do indivíduo. Um deles corresponde ao princípio de inocência, previsto em diversas cartas políticas, com vistas à proteção ao indivíduo, para que não seja considerado culpado sem um devido processo legal.

Diante das informações externas e da divulgação pela mídia, muitas vezes se induz a formação de opinião pública por meio da notícia e uma prévia condenação do acusado. É impossível não se prejulgar uma causa antes mesmo de aprofundar-se nas suas verdadeiras razões e fundamentos.

6 CONSEQUÊNCIAS DO RESULTADO DE DECISÕES QUE VIOLAM A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A influência midiática acaba muitas vezes propiciando consequências e resultados de decisões que violam a imparcialidade do juiz. Conforme Souza (2010, p. 240), na verdade não pode haver um julgamento justo sem que haja um juiz imparcial, razão pela qual o direito ao juiz imparcial se enquadra, efetivamente, dentro do genérico direito a um processo público e com todas as garantias. A imparcialidade do juiz é um direito fundamental do acusado ou da parte e ao mesmo tempo se configura como um princípio regulador da função jurisdicional (SOUZA, 2010, p. 241).

De acordo com Toron (2001, p. 268):

> Embora, alguns juízes possam ser intimidados pela ação da mídia, às vezes, até por características pessoais como, quem sabe, personalidade tímida, aversão à polêmica ou mesmo falta de estrutura emocional para suportar as inevitáveis críticas, e outro não, o certo é que isto não deveria acontecer. A seleção dos juízes deve também ser voltada ao recrutamento de indivíduos estruturados com adequação para enfrentar o ofício e a mídia limitada nesta que poderia ser considerada uma espécie de coação indireta no decorrer do processo.

De acordo com Cordeiro (2010, p. 14) afasta-se do juiz o dever de fechar os olhos e a consciência ao que viu diariamente nos jornais, internet e televisão, quando da valoração das provas no julgamento criminal. Também deve deixar de lado o impacto sensacionalista da opinião pública. Para Souza (2010, p. 241), pode-se afirmar, portanto, que a imparcialidade é a essência do justo processo penal ou civil, que condiciona como, e não só quem, dita a resolução judicial.

Devido às notícias veiculadas na mídia, à comoção popular e à pressão da opinião pública, são aplicadas, em alguns casos, penas máximas.

No Brasil, podem ser citados alguns casos ocorridos que tiveram seus julgamentos influenciados pela mídia e pela opinião pública, na sua decisão judicial:

CASO	DESCRIÇÃO
Mateus da Costa Meira	Julgamento do ex-estudante de medicina, conhecido como "atirador do shopping Morumbi"; atirou com uma metralhadora, em 1999, em várias pessoas em um cinema da cidade de São Paulo. O réu foi condenado à pena de 120 anos e seis meses. A pena foi reduzida para 48 anos, pela morte de três pessoas.
Eloá Cristina Pimentel	Julgamento do réu Lindemberg Alves, que foi condenado a 98 anos e 10 meses de prisão, também 1.320 dias de multa, pelo assassinato da ex-namorada Eloá Pimentel e por outros 11 crimes. Esse caso repercutiu como o maior cárcere privado do país, que durou cerca de 100 horas.
Suzane von Richthofen	Julgamento de Suzane von Richthofen. Foi condenada a 39 anos e seis meses de prisão pelo assassinato dos pais, Manfred von Richthofen e Marísia von Richthofen, ocorrido 2002.
Gil Rugai	Julgamento de Gil Rugai. Foi condenado por duplo homicídio qualificado a 33 anos e nove meses, pelas mortes do pai e da madrasta, em São Paulo. O crime de estelionato, pelo qual também era acusado, prescreveu, por isso não houve condenação. Durante a leitura da sentença, disse o juiz: "O réu tem uma personalidade extremamente dissimulada e perigosa". Pela morte do pai, foi condenado a 18 anos e

	nove meses de prisão e pelo homicídio da madrasta, foram 15 anos de reclusão.
Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá	Julgamento de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá pela morte de Isabella Nardoni, em 2008. Sentença de 20 (vinte) anos de reclusão para cada um dos réus. Sendo Alexandre corréu.

Fonte: Elaborada pela autora.

Segundo Souza (2010, p. 240), por isso, ao se considerar a imparcialidade do juiz um direito humano fundamental, isso permite justificar, constitucionalmente, toda e qualquer medida que pretenda legitimar eventual impedimento dos efeitos maléficos do discurso midiático.

7 CONCLUSÃO

A partir de algumas reflexões com relação à opinião pública no âmbito do campo jurídico, pretendeu-se abordar questões relacionadas aos veículos de comunicação de massa que têm o poder de interferir na formação e desenvolvimento da opinião pública. Em relação à área jurídica, a partir das notícias veiculadas na mídia, ocorre a intervenção das informações no julgamento antecipado dos acusados. No direito penal (militar ou comum) a influência dos meios de comunicação de massa motiva, muitas vezes, a comoção social a partir da opinião pública, que gera a consequência da violação da imparcialidade do juiz nos julgamentos, apesar de quase sempre o Judiciário se manter imune aos malefícios do que vêm de fora, principalmente o STM e o Poder Judiciário Militar da União.

O aumento da criminalidade faz com que o Direito Penal se desenvolva com intuito de trazer solução aos problemas, por meio de ações que ampliam o rigor do sistema penal a partir de penas mais severas, como aplicação de pena máxima; voltam os discursos de pena de morte, a diminuição da maioridade penal e a prisão perpétua, entre outros. Em alguns casos de grande repercussão na mídia, muitas vezes prevaleceu a presunção de culpa, em que os réus foram condenados pela influência dos meios de comunicação, da opinião pública e do clamor popular, antes mesmo de serem julgados. Dessa forma, no processo penal, o princípio da presunção de inocência, em determinados casos, deixou simplesmente de existir. A força das notícias, da opinião pública e do clamor popular traz reflexos com relação ao sentimento de justiça, promovendo na sociedade o desejo de uma punição mais rigorosa dos responsáveis pelo crime qualificado como “atrocidade”, principalmente contra crianças, mulheres e idosos.

A imparcialidade do juiz é essencial no processo penal para evitar alterar o julgamento dos casos, devido à importância da preservação da dignidade humana e das garantias constitucionais do acusado.

Com relação à perspectiva da opinião pública na área jurídica, é necessário desenvolver estudos para efetuar uma análise mais detalhada, envolvendo outros ramos do conhecimento, além do Direito Penal Militar e além do Direito Penal Comum.

REFERÊNCIAS

AUGRAS, Monique. À procura do conceito de opinião pública. *In*: *Opinião pública*: teoria e processo. Petrópolis: Vozes, 1970.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Prefácio Luiz Edson Fachin. Apresentação Ângela Cassia Costaldello. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. São Paulo: Renovar, 1999.

CERVI, Emerson Urizzi. Como os webleitores do "Portal Estadão" comentaram a eleição de Dilma Rousseff em 2010: uma discussão sobre os participantes do debate público em campanhas eleitorais nos novos meios de comunicação. In: *Explanans*, vol. 2, núm. 1, enero-junio 2013, p. 75-99.

CERVI, Emerson Urizzi. *Opinião pública e comportamento político*. Curitiba: InterSaberes, 2013.

CORDEIRO, Nefi. Apresentação. In: SOUZA, Arthur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

DA VIÁ, Sarah Chucid. *Opinião pública*: técnica de formação e problemas de controle. São Paulo: Loyola, 1983.

DUARTE, Jorge (Org). *Comunicação pública*: Estado, mercado e interesse público. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARHAT, Said. *O fator opinião pública*: como se lida com ele. São Paulo: T.A. Queiroz, 1992.

HOHLFELDT, Antônio; MARTINO, Luiz C.; FRANÇA, Vera Veiga (Org.). *Teorias da comunicação*: conceitos, escolas e tendências. Petrópolis: Vozes, 2001.

LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008.

MATHEUS, Carlos. *As opiniões se movem nas sombras*. São Paulo: Atlas, 2011.

MATTJE, Tatiana. O papel da mídia na educação ambiental. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito a informação e cultura*: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática. Anais do Simpósio Comunicação, Cultura de Massas, Globalização e Direito. II Congresso Ciências, Tecnologias y Culturas Diálogo entre las disciplinas del conocimento. Mirando al futuro da América Latina y el Caribe. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral. Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. A dignidade da pessoa humana como elemento fundante e estrutural do estado constitucional. In: BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional*: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Prefácio Luiz Edson Fachin. Apresentação Ângela Cassia Costaldello. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. *La espiral del silencio*: opinión pública: nuestrapiel social. Barcelona: Editorial Paidós, 1995. v. 62.

NUNES, Rizzatto. *O caso Isabella*: o direito de informar, de ser informado, a intimidade e o interesse público. 2008. Disponível em: http://rizzattonunes.blogspot.com/2008/04/o-caso-isabella-o-direito-de-informar.html. Acesso em: 20 set. 2021.

PALADINO, Carolina de Freitas. Medo do crime, mídia e controle penal: óbices à efetivação do princípio da presunção da inocência no processo penal do espetáculo. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito a informação e cultura*: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática. Anais do Simpósio Comunicação, Cultura de Massas, Globalização e Direito. II Congresso Ciências, Tecnologias y Culturas Diálogo entre las disciplinas del conocimento. Mirando al futuro da América Latina y el Caribe. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 18. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *In*: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89- 94, abr./jul. 1998.

SOUZA, Arthur César de. *A decisão do juiz e a influência da mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Luciana Coutinho Pagliarini de. *Trama do Texto e da Imagem*. Um Jogo de Espelhos. São Paulo: Annablume, 2010.

STJ. REsp. 984803. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 26/05/09. Publicação: DJe 19/08/09. RT. Col. 889, p. 223.

TORON, Alberto Zacharias. Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o Judiciário: os novos padrões. *In*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 257-271, out./dez. 2001.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Nota sobre a autora

Dra. Débora Veneral

Doutora em Direito pela Universidad Católica de Santa Fe (UCSF, Argentina). Mestre em Educação e Novas Tecnologias pelo PPGENT da UNINTER. Diretora da Escola Superior de Gestão Pública, Política, Jurídica e Segurança da UNINTER. Instrutora de Cursos da Escola de Educação em Direitos Humanos (ESEDH/PR) do Governo do Estado do Paraná. Consultora em Unidades Penais Terceirizadas. Palestrante. Advogada criminalista.

LA FINANCIACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS, 2006-2019 (alcances y límites)

CARLOS DE JESÚS BECERRIL HERNÁNDEZ
Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México

> […] la guerra subvierte la vida y las instituciones de las sociedades que la padecen. Además de la muerte de miles de personas, tanto combatientes como civiles ajenos al conflicto, la guerra también suprime los derechos políticos y las jerarquías sociales, depone unos gobiernos e impone otros; pulveriza economías; multiplica enfermedades; reduce la producción de alimentos, y provoca el desabasto y la especulación de estos. Además, para hacer la guerra se necesitan ejércitos, y éstos se forman de civiles pacíficos a quienes se equipa, se arma y se alimenta con impuestos regulares o extraordinarios que también paga la sociedad.
>
> Ortiz, "Introducción", 2018, p. 19.

Antes que nada, quiero agradecer la generosidad tanto de la magistrada María Elizabeth Guimaraes Teixeira como del Tribunal Superior Militar de Brasil por la invitación a participar en esta obra que, sin duda, abre una brecha de investigación sobre una problemática común a los países aquí representados, las fuerzas armadas.

El siglo XXI se ha caracterizado por la inclusión dentro del sistema jurídico nacional e internacional de una serie de exigencias, traducidas en derechos fundamentales, de sectores sociales antes ignorados. El reconocimiento de la "otredad" en los distintos ordenes jurídicos nacionales ha sido el mayor acierto en la tradición jurídica occidental.[45] No obstante, dentro de la innovación, el papel de las fuerzas armadas en la seguridad nacional se ha dejado a un lado, ya fuese porque su existencia se dio por sentada, como en el caso mexicano, o debido a su papel político desempeñado durante los diversos regímenes militares que gobernaron diversas regiones de Hispanoamérica durante el siglo XX.[46]

---

[45] No obstante, el debate en torno al reconocimiento de los derechos humanos fundamentales no ha escapado de polémica. Algunos académicos mexicanos, por ejemplo, han estudiado la naturaleza eminentemente política de la creación de instituciones como la Comisión Nacional de Derechos Humanos. De hecho, más allá de la intención "bienhechora" del legislador, se han resaltado los aspectos sociales y, más polémico todavía, económicos que influyeron en inclusión dentro del sistema jurídico mexicano. Para el caso mexicano véase Galindo, *CNDH: una consecuencia política*, 2011.

[46] Este impulso pretoriano, como le ha denominado Aarón Navarro, se diferencia del de otros militares, al menos latinoamericanos, en que en México fue "dirigido a un fin no golpista,

Este texto se desprende de un proyecto mucho más grande – que se encuentra bajo mi responsabilidade – que trata de explicar el impacto de la fiscalidad en las políticas públicas mexicanas denominado *Exenciones, elusiones y evasiones. Los privilegios fiscales en México, siglos XIX-XXI* organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México y el Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora. En dicho proyecto hemos advertido que el estudio de la fiscalidad mexicana se ha enfocado en su mayoría en los ingresos, es decir las contribuciones[47], pero poco es lo que sabemos de los egresos (el gasto público) y casi nada de la deuda.[48] En este sentido, el gasto público constituye una de nuestras preocupaciones más inmediatas. Dentro de este último es donde podemos ubicar a la financiación de las fuerzas armadas mexicanas.

El objetivo de este ensayo es presentar un panorama general de la financiación de las fuerzas armadas mexicanas por medio de los presupuestos de egresos de la federación desde 2006 hasta 2019, por medio de este instrumento es posible seguirle la pista a una serie de circunstancias que tienen que ver con la seguridad nacional mexicana y que, al mismo tiempo, nos permitirá al menos conceptualizar algunas hipótesis en torno al principal problema que han arrastrado todos los gobiernos federales, estatales y municipales mexicanos desde 2006: la delincuencia organizada.[49]

En sus diferentes manifestaciones, no importa el partido político en el poder, la delincuencia organizada ha aumentado de manera alarmante en la última década. Si bien el combate al narcotráfico es la función más importante que le fue asignada a las fuerzas armadas mexicanas, el ilícito en cuestión sigue las normas de una "economía de arrastre", es decir que, alrededor de él se encuentran un sinfín de conductas ilícitas que repercuten en la seguridad nacional. El crimen organizado, para llevar a cabo sus fines, ha llegado al grado de robarle el control del territorio al Estado mismo, llegando a sustituir en algunas zonas casi totalmente a la autoridad en sus atribuciones básicas tales como: el uso de la fuerza pública, la ejecución de las leyes e, incluso, el cobro

---

[sino] a un fin al servicio del Estado". Para los militares mexicanos "proteger la nación es la tarea más importante de su profesión". Navarro, "Ejército mexicano", 2014, p. 316.

[47] En México el término genérico es el de contribuciones. Dentro de ellas, de acuerdo con el artículo 2 del Código Fiscal de la Federación, se encuentran los impuestos, los derechos, las aportaciones de seguridad social y las contribuciones de mejora.

[48] Por ejemplo, los estudios sobre la fiscalidad mexicana señalan que una de sus características es la bajísima presión fiscal. Carlos Tello que señala que la presión fiscal fue de 9.7% del PIB en 2012; David Ibarra que encuentra una carga de 9.6% en promedio para el período 1990-2010; Carlos Elizondo Mayer Serra que la estima en 9.25% en 1990-2011 y Saúl López y Juan Carlos Reyes que calculan una de 10.1% en 1980-2009. Ros, Grandes problemas, 2015, p. 48.

[49] Problema mayúsculo si consideramos que al momento de llevarse a cabo este diagnostico financiero el periódico El Universal reprodujo una nota donde se asegura que México se encuentra en la primera posición dentro de los mercados delictivos. "México lidera ranking en delincuencia organizada", El Universal, 28 de septiembre de 2019.

de los impuestos – bajo la forma del "derecho de piso" –. De ahí la importancia de analizar, al menos de manera panorámica, cuánto se ha destinado a las fuerzas armadas para combatir la delincuencia organizada en sus diversas manifestaciones.[50]

"Fiscal-Military State" en México

En 1764 desembarcó el primer ejército permanente en la historia de Nueva España desde su fundación en 1521. El llamado "regimiento de América", al mando del comandante Juan de Villalba, tenía como finalidad la protección de las Indias Occidentales.[51] El siglo XVIII fue escenario de diversos movimientos bélicos cuya principal característica fue que involucraron a Europa, donde generalmente se originaban, y a América (española, portuguesa, inglesa y francesa) en la defensa de territorio y en la financiación de la guerra.[52] Esto no sólo provocó la creación de ejércitos permanentes en lugares, como en el caso novohispano, que antes sólo contaban con pequeñas milicias, sino que dio origen a lo que John Brewer denominó *Fiscal- Military State* ("Estado fiscal-militar").[53] Es decir, una serie de organizaciones políticas que encontrarían en la guerra una de las mayores erogaciones de sus respectivos presupuestos.

El binomio guerra y fiscalidad sería el factor fundamental en la conformación de la estructura hacendaria. No debe olvidarse, como elemento esencial, que cualquier proyecto político e impositivo que quisiera implantarse en la América española desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta bien entrado el XIX se encontraba bajo el constante acoso de la guerra. Como se ha señalado líneas arriba, al menos para el caso mexicano, implicó la creación um ejército profesional, casi de la nada, al que se tenía que armar, vestir y alimentar, y es que, de acuerdo con Juan Ortiz, al hablar de las fuerzas armadas en Iberoamérica, tanto colonial como en los primeros años de su

---

[50] Un estudio reciente sobre el ejército mexicano de hoy en día se encuentra en Valdez, "El ejército mexicano", 2019, pp. 58-65.

[51] La Guerra de la Oreja de Jenkins (1739-1748) y la Guerra de los Siete Años (1756-1763) pusieron en evidencia que la antigua Monarquía Hispánica ya no era capaz de defender sus fronteras del ataque de las nuevas potencias europeas. La toma de La Habana por el ejército inglés en 1762 marcó definitivamente el fin de la hegemonía hispánica en el escenario mundial. El Reino de Portugal atravesó una situación similar. Para hacer frente a su crisis imperial, la corona portuguesa, encabezada por la dinastía Braganza, confió al Marqués de Pombal la implementación de un aserie de reformas equivalentes a las borbónicas denominadas por la historiografía como "pombalinas". Alves, "Reformismo fiscal", 2016, pp. 83-111.

[52] El binomio guerra y fiscalidad en Iberoamérica colonial ha sido estudiado ampliamente por Ernest Sánchez Santiró y Angelo Alves Carrara, destacando el papel crucial que tuvieron los territorios americanos pertenecientes a España y Portugal en la defensa y financiación de las guerras que las respectivas metrópolis libraban en Europa, caldo de cultivo de un malestar generalizado por la creciente demanda de recursos por parte de la península para librar guerras que los americanos españoles y portugueses no consideraban como propias pero por las que sí debían contribuir militar y financieramente. Sánchez y Alves, *Guerra y fiscalidad*, 2012.

[53] Brewer, *Sinews of Power*, 1989.

independencia, es necesario tomar en cuenta que se integraban del "ejército regular y de reserva, situados, milicia provincial o activa, milicia cívica, compañías presidiales y sueltas, guardia nacional, defensas rurales, fuerzas mercenarias, milicias de pardos y morenos, indios flecheros, etcétera.[54]

Lo anterior no sólo representó una multitud de fueros y privilegios especiales para cada agrupación armada, aunque el que terminó por subsistir fuera únicamente el de guerra para delitos y faltas contra la disciplina militar (artículo 13, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), sino que también implicó un peso para el presupuesto novohispano y, a partir de 1821, para el mexicano. De hecho, de acuerdo con Ernest Sánchez Santiró, fue precisamente la movilización de las fuerzas armadas novohispanas lo que terminó por fragmentar la Hacienda pública del momento, al grado de que, una vez conseguida la independencia, el Ejercito de las Tres Garantías (consumador de la Independencia) ocupase un lugar principal dentro del presupuesto de la Hacienda pública nacional. Descrito como "una máquina bélica demandante de continuas erogaciones y un actor político a la defensa de sus intereses corporativos".[55]

Tabla 1
Presupuesto de egresos estimado para el año de 1861

Ingresos en el año		9 895 000.00
Egresos		
Oficinas de administración en todos susramos	5 294 181.00	
Ejército y marina	**4 309 377.00**	
Oficinas de recaudación y ramo de Gobierno	765 327.00	
Intereses de la deuda	4 500 000.00	
15% para el fomento del camino defierro de Veracruz	675 000.00	
SUMAS	**15 543 885.00**	**9 895 000.00**
Déficit		**5 648 885.00**

Fuente: Aguilar, *Presupuestos*, 1940, p. 62.

Los diversos conflictos bélicos que siguieron – Guerra de los Pasteles, 1838, Guerra de Estados Unidos contra México, 1846-1848, Guerra de Reforma, 1857-1860, Guerra de Intervención francesa, 1861-1863, Imperio de Maximiliano de Habsburgo, 1864-1867, Revolución de Tuxtepec, 1876, Revolución Mexicana, 1910-1920 – entre otros de menor escala, pero para nada aislados, explicarían que en 1861 el presupuesto de egresos (Tabla 1) del ejército y la mariana representará 27.72% del total, únicamente igualado por el pago del servicio de la deuda.[56]

[54] Ortiz, "Introducción", 2005, p. 9.
[55] Sánchez, *La imperiosa necesidad*, 2016, p. 418.
[56] Becerril, *Hacienda pública y administración*, 2015, p. 102.

El lector debe tener en cuenta que desde 1821 hasta 2019 en México ha habido 69 presidentes y dos emperadores. 39 de los presidentes mexicanos han sido militares; desde Antonio López de Santa Anna, en diversas ocasiones en la primera década del siglo XIX, Porfirio Díaz, 1877-1911, hasta Manuel Ávila Camacho, por mencionar a los más representativos, que en 1946 dejó en la Presidencia de la República en manos civiles; de hecho, también uno de los dos emperadores era parte de las fuerzas armadas novohispanas, Agustín de Iturbide. Este aspecto explicaría la preeminencia de las fuerzas armadas en los presupuestos mexicanos decimonónicos. Sin embargo, su reducción se dio paradójicamente bajo el gobierno de Porfirio Díaz, General de División, quien a partir de 1880 mantuvo al ramo de guerra a la baja.[57]

En 1925, una vez superada la situación extraordinaria que representó la Revolución mexicana (1910-1920)[58], no así los diversos enfrentamientos bélicos presentes en todo el país, el gasto militar fue de 84 millones de pesos. En tanto que el presupuesto de egresos nacional fue de 293 millones, es decir, el gasto en defensa nacional representó el 28.7% respecto al presupuesto nacional.[59] Se había vuelto a los niveles decimonónicos. No obstante, como se muestra en la Tabla 2, conforme el territorio se iba pacificando y el "partido hegemónico" institucionalizaba la Revolución también se redujo el gasto militar a su mínima expresión.[60]

Como puede observarse en la Tabla 2, el gasto militar desde 1925 hasta 2019 se redujo del 28.7% del total de los egresos nacionales a representar sólo el 1.6% en 2019, pese a la crisis de seguridad nacional. Poco a poco la defensa nacional ha ido dejando de ser la prioridad del gasto público del Estado mexicano. Esto representa una de las principales debilidades de las fuerzas armadas mexicanas.

> No deberían estar bajo las mismas condiciones que el resto de las estructuras del gobierno federal en cuanto a otorgamiento de presupuesto. Las inversiones en equipo militar son elevadas y no debería destinarse la mayoría del presupuesto para el pago de salarios del personal. En el caso de las dos secretarías de Estado militares, debe tenerse en cuenta que el equipo actual de México es obsoleto, en gran parte ya rebasó su capacidad de vida útil y para enfrentar con éxito las dos misiones fundamentales, la guerra al narcotráfico y la ayuda a la población civil ante desastres naturales, es evidente la necesidad de modernización del equipo militar.[61]

---

[57] Serrano, "Finanzas públicas", 2005, p. 347.
[58] Para un estudio profundo sobre el tema véase Garciadiego, *La Revolución mexicana,* 2012.
[59] Hernández, "Fuerzas armadas", 2014, p. 470.
[60] Sobre el Partido Revolucionario Institucional (PRI) véase Hernández, *Historia mínima del partido*, 2016.
[61] Benítez, "Relaciones civiles-militares", 2014, p. 453.

TABLA 2
Presupuesto de egresos nacional y gasto en defensa nacional, 1925-2019

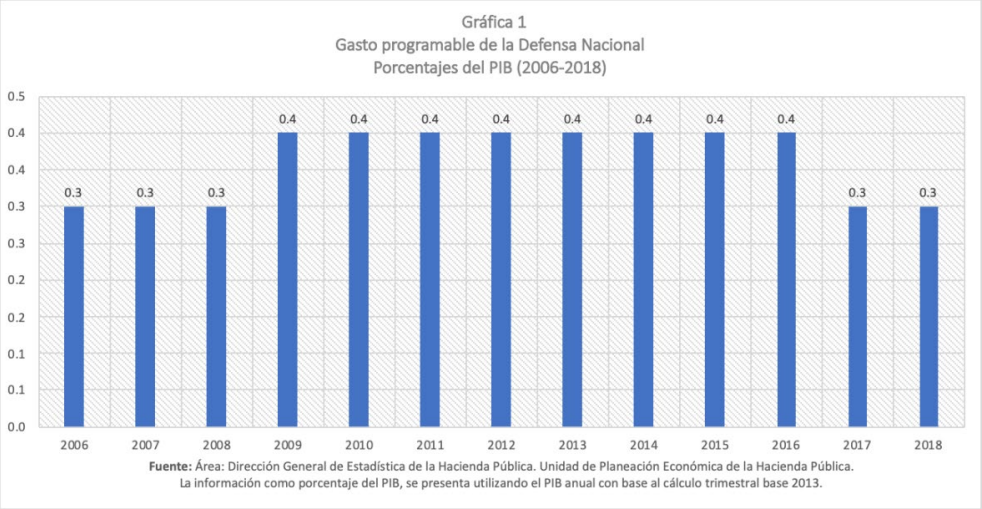
Año	Presupuesto de egresos nacional (millones de pesos)	Gasto em defensa nacional (millones de pesos)	Porcentaje respecto al presupuesto de gasto
1925	293	84	28.7%
1935	301	63	20.9%
1947	2 143	225	10.5
1955	8 883	434	4.9%
1965	64 020	1 103	1.7%
1975	400 725	4 494	1.1%
1985	8 666 247	221 496	2.6%
1995[62]	53 251	1 143	2.1%
2005	1 543 502	25 270	1.6%
2010	2 474 099	52 596	2.1%
2013	3 060 775	60 810	2%
2019	5 838 059.7	93,670.19	1.6%

Fuente: Elaboración propia con base en Hernández, "Fuerzas armadas", 2014, p. 470 y Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2019.

Comparado con otras latitudes, el panorama es aún más desolador. De acuerdo con Alicia Hernández Chávez, a principios de la década de 2010, México ocupaba "el lugar 162 en gasto militar, con 0.5% del PIB, frente a los más altos: Omán, 11.4%, Qatar, 10.0%; Israel, 7.4%; Estados Unidos, 4.6%: Francia, 2.6%; Gran Bretaña, 2.5%".[63]

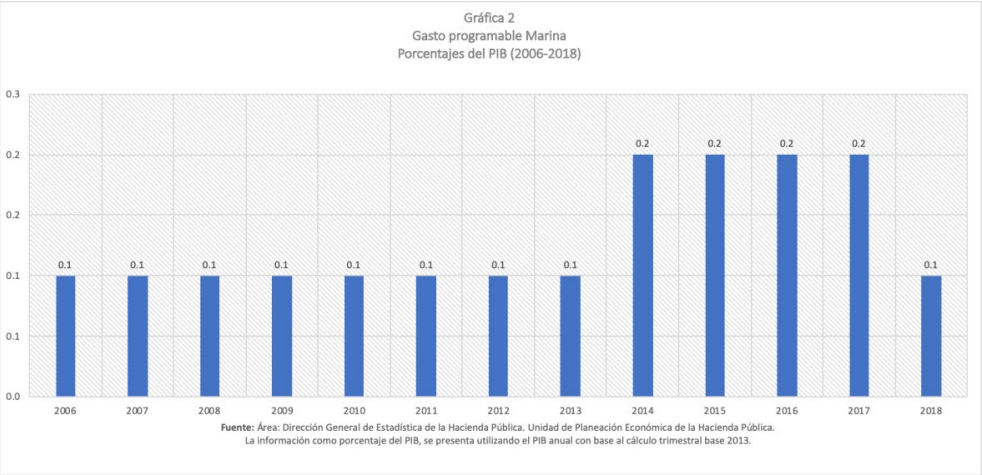
Si recurrimos a los datos aportados por la Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Unidad de Planeación Económica de la Hacienda Pública, a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podemos observar que para el caso del gasto programable para la Secretaría de la Defensa Nacional (en adelante SEDENA) apenas si representa en promedio 0.36% del PIB mexicano desde 2006 hasta 2018 (Véase Gráfica 1).

[62] En adelante son nuevos pesos.
[63] Hernández, "Fuerzas armadas", 2014, p. 479.



De hecho, a partir de 2006, cuando se declaró la guerra al narcotráfico, también conocida como "guerra interna"[64], el porcentaje destinado a la Secretaría de la Defensa Nacional no aumentó significativamente sino hasta el año 2009, para mantenerse constante en 0.4% del PIB hasta 2016, reduciéndose nuevamente en 2017-2018 (Véase Gráfica 2).

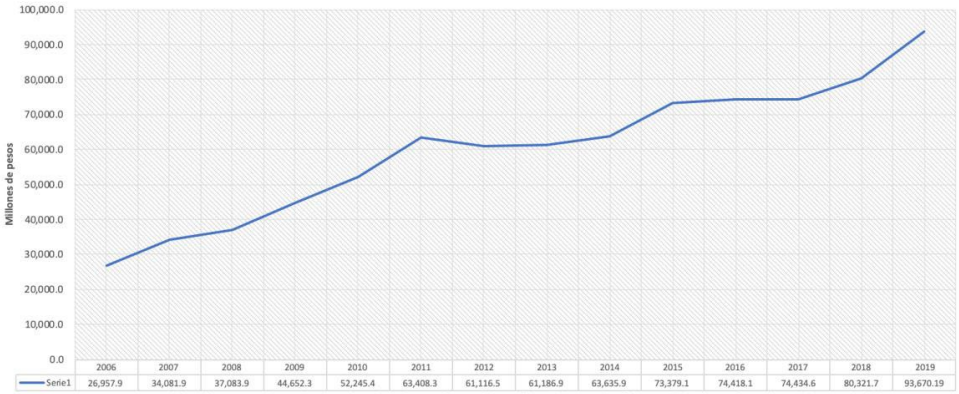
Para la Secretaría de Marina (en adelante SEMAR) el panorama es aún más desolador. El promedio del presupuesto en porcentaje del PIB mexicano desde 2006 hasta 2018 es de apenas del 0.13%. Esto representa además un problema técnico, pues se trata de una dependencia cuyo funcionamiento requiere de especialización tecnológica en áreas estratégicas. Hasta aquí la comparación entre el presupuesto designado y la variable macroeconómica del PIB.



[64] Illades y Santiago, "La guerra interna", 2018, pp. 237-259.

No obstante, si recurrimos al análisis del gasto programable del sector público presupuestario encontraremos que, pese a representar un porcentaje mínimo en comparación con el PIB anual mexicano, la "guerra interna" ha hecho que el presupuesto destinado a la Secretaría de la Defensa Nacional haya aumentado en 347.76%, al pasar de 26,957.9 millones de pesos en 2006 a 93,670.19 millones de pesos en 2019.

Gráfica 3
Secretaría de la Defensa Nacional, 2006-2019
Gasto programable (flujos acumulados)



	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Serie1	26,957.9	34,081.9	37,083.9	44,652.3	52,245.4	63,408.3	61,116.5	61,186.9	63,635.9	73,379.1	74,418.1	74,434.6	80,321.7	93,670.19

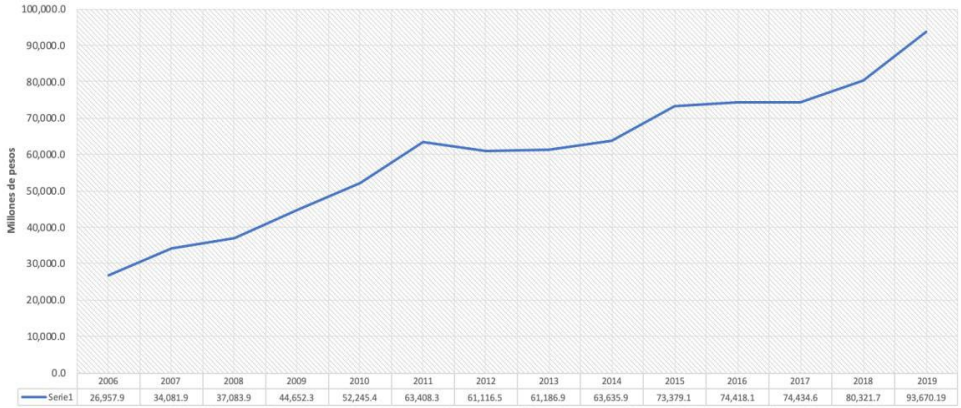
Fuente: Elaboración propia con base en los datos obtenidos de la Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Unidad de Planeación Económica de la Hacienda Pública y Presupuestos de Egresos de la Federación, 2006 al 2019.

Como puede observarse en la Gráfica 3, el crecimiento del gasto programable para la Defensa Nacional en los años en cuestión se muestra exponencial, tan sólo con dos relativos estancamientos en 2012 (61,116.5 millones de pesos) y 2013 (61,186.9 millones de pesos), situación que se debe, en su mayoría, al cambio del titular del Poder Ejecutivo mexicano, quien es el encargado de presupuestar el gasto público de manera anual.[65]

De hecho, en 2018, el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2019 contempló un incremento nada despreciable de aproximadamente 14.5%, al pasar de 80,321.7 millones de pesos en 2018 a 93,670.19 millones de pesos en 2019. Un estudio más profundo de este tema necesariamente ha de enfocarse en los rubros específicos en los que la Secretaría de la Defensa Nacional invierte el presupuesto asignado, no obstante, dicho análisis escapa a los fines de este trabajo.

[65] El 1 de diciembre de 2012 tomó posesión como Presidente de los Estados Unidos Mexicanos el Licenciado Enrique Peña Nieto, quien además pertenecía al Partido Revolucionario Institucional (PRI), contrario al Partido Acción Nacional que desde el 2000 hasta el 2012 gobernó en México.

Gráfica 3
Secretaría de la Defensa Nacional, 2006-2019
Gasto programable (flujos acumulados)

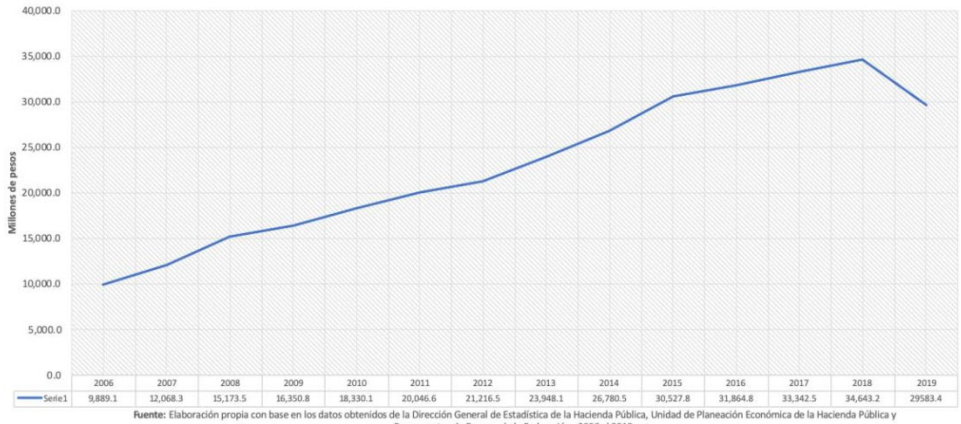


	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Serie1	26,957.9	34,081.9	37,083.9	44,652.3	52,245.4	63,408.3	61,116.5	61,186.9	63,635.9	73,379.1	74,418.1	74,434.6	80,321.7	93,670.19

Fuente: Elaboración propia con base en los datos obtenidos de la Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Unidad de Planeación Económica de la Hacienda Pública y Presupuestos de Egresos de la Federación, 2006 al 2019.

Por otro lado, debido a la formación – descuido – histórica de la marina mexicana, el gasto programable de la SEMAR es todavía más modesto, pues tan sólo representa el 0.51%del total del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2019. No obstante, también ha recibido un incremento exponencial, de al menos el 350.32% desde 2006, que se ubicó en 9, 889.1 millones de pesos, hasta 2018, que fue de 34,643.2 millones de pesos, únicamente interrumpido por la reducción hecha en 2019 del 6.85% (5 059.8 millones de pesos) con respecto al ejercido en 2018 (véase Gráfica 4).

Gráfica 4
Marina, 2006-2019
Gasto programable (flujos acumulados)



	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Serie1	9,889.1	12,068.3	15,173.5	16,350.8	18,330.1	20,046.6	21,216.5	23,948.1	26,780.5	30,527.8	31,864.8	33,342.5	34,643.2	29583.4

Fuente: Elaboración propia con base en los datos obtenidos de la Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Unidad de Planeación Económica de la Hacienda Pública y Presupuestos de Egresos de la Federación, 2006 al 2019.

Consideraciones finales

Es difícil dar una respuesta a una problemática que escapa por mucho al mero análisis financiero. Sin embargo, el estudio del gasto presupuestario programado tanto para la Secretaría de la Defensa Nacional como para la Secretaría de Marina nos muestran un gasto público en ambos rubros exponencialmente incremental. Lo anterior en consonancia con las labores fundamentales que le han sido encargadas a ambas instituciones: el combate al narcotráfico y la ayuda a la población civil.

Pese a lo anterior, en el primer supuesto no parece llegar la solución esperada. ¿Por qué? En diversos foros se ha señalado que la mayoría del presupuesto de las fuerzas armadas va encaminado al pago de salarios, pensiones y, en general, a cubrir el gasto corriente. Dejando sin los recursos necesarios para el combate al narcotráfico. En esta materia, el presupuesto parece únicamente permitir una estrategia de contención más que de combate, aunque este es ya tema de otra investigación. Sin embargo, también hay que tomar en cuenta que el equipo necesario para hacer frente a las funciones designadas a las fuerzas armadas mexicanas, anteriormente enunciadas, requieren de equipo y entrenamiento sofisticado y, por lo tanto, costoso. Así, pese a que el aumento en el presupuesto es exponencial, sigue siendo mínimo si tenemos en cuenta que representa apenas el 0.4% del PIB mexicano y tan sólo el 1.6% del total del presupuesto de egresos para el año 2019 en el caso de la Defensa Nacional; y, el 0.13% del PIB mexicano y el raquítico 0.51% del total del presupuesto de egresos de 2019 está asignado para la Marina, porcentajes mínimos comparados con otros países de la región. Es en este contexto en el que deben tomarse los datos aportados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Fuentes documentales:

Estadisticas Oportunas de Finanzas Públicas, Dirección General de Estadística de la Hacienda Pública, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Disponible en: http://presto.hacienda.gob.mx/EstoporLayout/estadisticas.jsp

Publicaciones Periódicas:

El Universal

Referencias bibliográficas:

Aguilar, Gustavo F. *Los presupuestos mexicanos: desde los tiempos de la Colonia hasta nuestros días, México,* Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 1940.

Alves Carrara, Angelo, "El reformismo fiscal pombalino", *Historia Caribe*, Universidad del Atlántico, vol. 11, núm. 29, julio-diciembre, 2016, Colombia, pp. 83-111.

Becerril Hernández, Carlos de Jesús, *Hacienda pública y administración fiscal. La legislación tributaria del Segundo Imperio mexicano (Antecedentes y desarrollo),* México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, 2015.

Benítez Manaut, Raúl, "México: avances y límites de las relaciones civiles-militares ante la democratización. Los retos de 2013", en Javier Garciadiego (coord.), *El Ejército Mexicano. 100 años de historia*, México, El Colegio de México, 2014, pp. 411-454.

Brewer, John, *The sinews of Power: War, Money and The English State* 1688-1783, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1990.

Galindo Rodríguez, José, *La CNDH: una consecuencia de la política económica y social de México* (1970-1990), México, Miguel Ángel Porrúa, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, 2011.

Garciadiego, Javier, *La revolución mexicana. Crónicas, documentos, planes y testimonios, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Hernández Chávez, Alicia, "Las fuerzas armadas mexicanas y el sistema federal", en Javier Garciadiego (coord.), *El Ejército Mexicano. 100 años de historia*, México, El Colegio de México, 2014, pp. 455-486.

Hernández Rodríguez, Rogelio, *Historia mínima del Partido Revolucionario Institucional,* México, El Colegio de México, 2016.

Illiades, Carlos y Santiago, Teresa, "La guerra interna (2006-)", en Juan Ortiz Escamilla (coord.), *Guerra*, México, Secretaría de Cultura, 2018.

Navarro, Aarón W., "El ejército mexicano en la época de la posguerra: el argumento de la égida", en Javier Garciadiego (coord.), *El Ejército Mexicano. 100 años de historia*, México, El Colegio de México, 2014, pp. 309-317.

Ortiz Escamilla, Juan, "Introducción", en Juan Ortiz Escamilla (coord.), *Fuerzas militares en Iberoamérica, siglos XVIII y XIX*, México, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, Universidad Veracruzana, 2005, pp. 9-18.

Ros Bosch, Jaime, Grandes problemas: *¿Cómo salir de la trampa del lento crecimiento y alta desigualdad?*, México, El Colegio de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Sánchez Santiró, Ernest y Alves Carrara, Angelo, *Guerra y fiscalidad en la Iberoamérica colonial (siglos XVII-XIX)/Guerra e fiscalidadade na Ibero-América colonial (séculos XVII- XIX),* México-Brasil, Editora UFJF, Instituto Mora, 2012.

Sánchez Santiró, Ernest, *La imperiosa necesidad. Crisis y colapso del erario de Nueva España (1808-1821),* México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, El Colegio de Michoacán, 2016.

Serrano Ortega, José Antonio, "Finanzas públicas, centralización política y ejército en México, 1869-1888", en Juan Ortiz Escamilla (coord.), *Fuerzas militares en Iberoamérica, siglos XVIII y XIX,* México, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, Universidad Veracruzana, 2005, pp. 341-353.

Valdez, César E. "El ejército mexicano de hoy. Un largo y sinuoso camino", en *Bicentenario. El ayer y hoy de México*, Institut Mora, vol. 12, núm. 46, octubre-diciembre, 2019, México, pp. 58-65.

———

ACERVO HISTÓRICO

Acervo Histórico

A CONCESSÃO DA PRIMEIRA LIMINAR EM *HABEAS CORPUS* NO BRASIL.

O LEGADO HERMENÊUTICO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR À JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Ministra do Superior Tribunal Militar

MATEUS SCHAEFFER BRANDÃO
Assessor Jurídico – Superior Tribunal Militar

"Não adianta fazer justiça com o mundo perecendo.
A justiça tem de fazer o mundo viver".

Arnoldo Wald.

RESUMO: A Justiça Militar da União, justiça mais antiga do Brasil, sempre foi palco de inúmeros debates jurídicos que incrementaram o desenvolvimento da *práxis* jurídica amalgamada à história do direito nacional. No presente artigo, destacou-se a contribuição do lendário jurista e advogado Arnoldo Wald e do Ministro Almirante de Esquadra José Espíndola, que promoveram substancial inovação no direito pátrio, cada qual no seu mister, com o pedido e a concessão da primeira liminar em *habeas corpus* no Brasil. O nobre advogado, em petitório arrojado, pautado em incrível discernimento ético e senso de justiça, pleiteou, pela primeira vez, em meados de 1964, no início do regime militar, a primeira liminar no remédio heroico. Fundamentou-a na aplicação análoga da então medida acautelatória de urgência comum em mandados de segurança, incrementando até os dias atuais a referida possibilidade e abrindo caminhos a salvaguarda do direito fundamental a liberdade de locomoção à milhares de jurisdicionados desde então.

PALAVRAS-CHAVE: Liminar; *Habeas Corpus* e Justiça Militar da União.

ABSTRACT: The Military Justice of the Union, the oldest justice in Brazil, it has always been the scene of numerous legal debates that have increased the development of legal praxis amalgamated with the history of national law. In this article, the contribution of the legendary jurist and lawyer is highlighted Arnoldo Wald and Minister Admiral José Espíndola, who, in bold petition, based on incredible ethical judgment and a sense of justice, pleaded, for the first time, in mid-1964, at the beginning of the military regime, the first

injunction in *habeas corpus*. He based it on the analogous application of the then common urgent precautionary measure in *writs of mandamus*, increasing this possibility to the present day and opening paths to safeguarding the fundamental right to freedom of movement for thousands of jurisdiction since then.

KEYWORDS: Preliminary; *Habeas Corpus* and Federal Military Justice.

Introdução

A Magna Corte Castrense, órgão penal especializado do Poder Judiciário brasileiro conforme narra a historiografia pátria, foi instituída em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo então Príncipe-Regente D. João, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Integrada à Judicatura com o advento da Constituição Federal de 1934, a Justiça Militar da União presenciou a formação do Reino-Unido e a acessão da República, bem como o processo de reconstrução e de consolidação do Estado Democrático de Direito instaurado a partir de 1986.

Inúmeras foram as contribuições da Justiça Militar da União – JMU – para o desenvolvimento jurídico endógeno em diferentes aspectos, nomeadamente, na conformação de uma exegese jurisprudencial garantista.

O procedimento hermenêutico de seus julgados e o desenvolvimento de sua estrutura institucional, a partir dos primórdios do século XIX, inovaram conceitos de processamento e de julgamento de diferentes demandas, para além de assegurar uma atribuição competencial firme e vanguardista.

Nesta toada, vários foram os atores que personificaram e personificam o sucesso dos mais de duzentos anos da referida especializada; personagens ilustres da história do Brasil, como o Imperador Dom Pedro II e o patrono do Exército Duque de Caxias, ao lado de brilhantes operadores do Direito que, cotidianamente, impulsionam a jurisdição castrense.

No presente texto, enfatizar-se-á a maior contribuição da Justiça Castrense da União para as Ciências Jurídicas no Brasil: a concessão da primeira liminar em *habeas corpus*.

A medida acautelatória apenas era admissível no tocante ao Mandado de Segurança. Em meio à crise institucional imposta pelo regime militar instaurado em 1964, de forma audaciosa, o ilustre jurista Arnoldo Wald e o Superior Tribunal Militar inovaram o remédio heroico, quando restou concedida liminarmente o que, segundo o entendimento do Ministro-Relator Almirante de Esquadra José Espíndola, constituía medida aceitável dadas as circunstâncias do caso concreto, transformando-se a partir daí em precedente para a impetração da cautelar em HC em todo o país.

E foi nesta esteira que a Egrégia Suprema Corte, no mesmo ano, fulcrada no julgado do STM, valeu-se do precedente e concedeu a segunda garantia, transformando-a em uma possibilidade tangível a todas as jurisdições que compunham o Poder Judiciário Pátrio, assegurada até os dias atuais.

1 Das contribuições exegéticas da JMU

No processo evolutivo da Justiça Militar, constata-se ter esta justiça especializada preservado sua independência diante dos mais diversos movimentos sociais e políticos que se sucederam no país, de maior ou menor instabilidade institucional.

Efetivamente, de 1808 até o presente, a Corte testemunhou o 1º Reinado, a Regência, o 2º Reinado, a Independência do Brasil, a Proclamação da República, a instituição do Estado Novo, a redemocratização de 1946, a instituição do regime militar e a abertura política e democrática promovida pela *Lex* de 1988.

Por certo, devido ao número diminuto de jurisdicionados em comparação com a população civil, a Justiça Federal Militar é um conglomerado judicial de menor envergadura quantitativa, não obstante seu relevante trabalho desempenhado há mais de duzentos anos a serviço da Pátria. Foi o primeiro órgão do Poder Judiciário a atuar em plataforma completamente virtual após a integração efetiva de toda a estrutura organizacional, a partir de 26 de junho de 2018.

Possui, igualmente, um aparato normativo e prático de atuação nacional em ambiente virtual com audiências e coletas de depoimentos e interrogatórios realizados por videoconferência, dispondo de aparato tecnológico integrado dos atos processuais, sobretudo, após a massificação do sistema E-Proc/JMU.

Agreguem-se a base do sistema inquisitorial das Forças Armadas e seus sistemas virtuais configurados para a produção dos Inquéritos Policiais Militares e lavratura dos Autos de Prisão em Flagrante, destacando-se a performance eletrônica das partes, quer advogados, quer Defensoria Pública da União, quer o Ministério Público Militar.

Dessa forma, a JMU realiza sessões por videoconferência, julgamentos eletrônicos e, já algum tempo, oferece a possibilidade de trabalho remoto aos seus servidores, antes mesmo da pandemia da COVID-19.

Por tal razão, é considerada um dos ramos institucionais integrantes do Poder Judiciário mais acessíveis ao jurisdicionado, principalmente, pela análise acurada dos processos, pela celeridade processual e pelas respostas eficazes e

justas dispensadas à população. Daí, constitui fonte jurisprudencial norteadora para outros Estados na sociedade internacional, com foco na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa – CPLP – a exemplo de Angola e Moçambique.

E dentre suas maiores contribuições ao Direito pátrio, sobreleva-se a concessão da primeira medida liminar em *habeas corpus*, no ano de 1964, cabível à época apenas para o Mandado de Segurança.

Seu deferimento desponta na memória constitucional brasileira, quando o Ministro do Superior Tribunal Militar Almirante de Esquadra José Espíndola, sob a pena do ilustre advogado Arnoldo Wald, deferiu o pleito ao analisar o pedido de forma urgente, antes da apreciação meritória – HC nº 27.200/Estado de Guanabara –, em 31 de agosto de 1964.[66]

2 Do momento jurisdicional histórico: a concessão da primeira liminar em *Habeas Corpus*

O movimento militar deflagrado no Brasil a partir de 1964 ocasionou a instauração de inúmeros Inquéritos Policiais Militares, com o intuito de apurar supostos delitos cometidos contra a segurança do Estado, o que ensejou o anseio da comunidade jurídica por inovações interpretativas para salvaguardar a defesa dos direitos de cidadania contra os atos do regime então instaurado.

2.1 Do histórico do Habeas Corpus nº 27.200/Estado de Guanabara

O périplo jurídico iniciou-se com a abertura do IPM, em 4 de junho de 1964, em desfavor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes, fulcrado no art. 8º[67] do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril 1964.[68] O escopo era investigar condutas contrárias à probidade administrativa, supostamente praticadas em face da Caixa Econômica Federal, no estado do Paraná, pelo indiciado, presidente daquele órgão público de 1956 a 1958, e à época Consultor Jurídico das Caixas Econômicas Federais.

O consagrado Professor Arnoldo Wald, em patrocínio da causa, ingressou com um pedido liminar em *habeas corpus* junto ao STM, suscitando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Militar Federal para apreciar o feito. No petitório, pugnou pelo trancamento do Inquérito em relação ao constituído, por se tratar de investigação de atividades de um funcionário civil em repartição de idêntica natureza. Inusitadamente, requereu

---

[66] Entrevista do Dr. Arnoldo Wald ao Canal Migalhas. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=XuSnuk9lEBs&t=136s. Acesso em: 5 out. 2021.

[67] Art. 8º - Os inquéritos e processos visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente.

[68] BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. "Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa". DOU: 9/4/1964.

no *writ* inédito pedido liminar pela urgência do julgamento, manejado com base em interpretação analógica ao mandado de segurança.

Isso por haver a causa transitado em julgado, assentando decisão que absolvia a parte. Sem embargo, desconsiderando-a, o chefe do Inquérito Policial Militar convocou o indiciado para depor, momento em que este noticiou ao causídico que a referida autoridade inquisitorial desejava de fato a sua prisão quando do momento processual em voga.

Nesse norte, firmou o advogado existir pronunciamento definitivo sobre a *quaestio*[69], argumentando que a administração de Evandro Moniz Corrêa de Menezes e, também, de Manoel de Oliveira Franco perante a Caixa Econômica Federal do Paraná fora julgada e arquivada antes mesmo da impetração do *habeas*, há mais de cinco anos, tendo sido ambos punidos e demitidos da direção da referida instituição em julgamento administrativo perante o Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais. A decisão, igualmente, restou apreciada pelo Ministro da Fazenda que, observando o parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, determinou o arquivamento do processo.[70]

Exonerado, Manoel de Oliveira Franco postula, então, em sede mandamental – MS nº 7.327 – à Egrégia Suprema Corte, a anulação do ato mediante a revisão do processo. Em pronunciamento unânime, o STF indeferiu o pedido sob a alegação de que o procedimento demissório houvera obedecido a todos os requisitos legais.[71]

Não obstante, anteriormente já houvera sido protocolizado *habeas corpus* na Justiça estadual do Paraná pelo paciente, que, em Decisão confirmada por Carta testemunhável perante o Supremo Tribunal Federal e o extinto Tribunal Federal de Recursos, considerou-o inocente das acusações imputadas, assentando a sentença que o processo não poderia ser renovado por ausência de justa causa.

Inconformado, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário da Decisão do Tribunal Federal de Recursos, distribuído sob o nº 48.328, pelo que o STF, à unanimidade, conheceu-lhe e negou-lhe provimento. Depreende-se do voto do Ministro-Relator Ribeiro da Costa que inexistia, mesmo em potencial,

---

[69] Item III da Peça Pórtico.

[70] Ato publicado no Diário Oficial da União de 15/7/1959, na página 15.844. O desdobramento foi a demissão pelo Presidente de República do paciente e do Manoel Franco do Conselho Administrativo da referida instituição, por meio de Decretos publicados episodicamente do DOU de 15/7/1959, página 15.830.

[71] A decisão foi publicada no Diário de Justiça em 26/10/1960, na página 6.097.

possível dano à Fazenda, o que, por consequência, reconheceu a inexistência de interesse de agir da União na demanda.

Adiante, o paciente requereu, em outro HC distribuído à Justiça Estadual, ordem contra a Comissão de Inquérito a fim de que fosse declarada a nulidade de todo IPM e seus efeitos por ausência de justa causa, pugnando pela isenção de toda e qualquer responsabilidade a si atribuída.

O *decisum,* confirmado pelo Pretório Excelso, concedeu-a nos termos do pleito inicial, o que, segundo Wald, implicava a preclusão de ação repressiva.

Operada a *res judicata* que apreciou o Extraordinário impetrado pelo *Parquet*, a histórica petição afiançou que o prosseguimento do IPM afrontava não só a jurisprudência da Corte Máxima, que consagrava a inadmissibilidade de segunda punição de servidor público baseada no mesmo processo em que se fundou uma primeira, bem como vulnerava o postulado do *non bis in idem*.

Nestes termos, diligenciou a concessão liminar no item V do *writ*, ao versar acerca *"*da existência de coação justificativa*",* à luz de a autoridade coatora buscar cercear a liberdade de locomoção do paciente. O ato intimatório obviava a intenção; a uma por versar sobre fatos já julgados em definitivo, a duas por intimidar o representado informando que o seu não comparecimento ensejaria a aplicação do crime de desobediência previsto no art. 227 do então vigente Código Penal Militar.

Por isso, com acuidade, asseverou o ilustre advogado ser a autoridade coatora incompetente por ter o processo sido definitivamente julgado e encerrado, tanto na seara administrativa quanto judicial. E foi além, pleiteou *in limine* o não comparecimento do inquerido/paciente ao ato pelo qual foi intimado, e, no mérito, a concessão da ordem para excluí-lo do malfadado Inquérito Policial Militar. Ato contínuo, o Ministro-Relator Almirante de Esquadra José Espíndola, fundado na certeza do risco de prisão, concedeu monocraticamente o pedido liminar *ad referendum*.

O magistrado, ao apreciá-lo, observou clarividente o enquadramento do *periculum in mora*, consubstanciado na probabilidade de dano irreparável e do *fumus boni iuris*, uma vez que os elementos da impetração indicavam a existência de ilegalidade.

Em Plenário, os Ministros do STM, na data de 23 de setembro de 1964, confirmaram a liminar em *habeas corpus* por unanimidade, referendando o voto do Relator, em cuja ementa se lê, *litteris:*

> ***Habeas corpus*** concedido. Incompetência da Justiça Militar para conhecer o fato ocorrido em repartição que nenhuma

relação tem com a administração militar. Não cabe o exame da matéria – transitada em julgado, por falta de justa causa.[72]

---

[72] Em continuidade: "(...) Relator: Ministro Alm. Esq. José Espíndola.
Paciente: Evandro Moniz Corrêa de Menezes, alegando, por seu advogado, que está sofrendo coação por parte do Encarregado do IPM junto à Caixa Econômica Federal do Paraná, pede liminarmente para não comparecer no dia marcado para o depoimento, bem como seja excluído do referido IPM.
Vistos e relatados os presentes autos de habeas corpus, impetrado em favor de Evandro Moniz Corrêa de Menezes, civil, Consultor Jurídico do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, **por seu advogado Dr. Arnoldo Wald, deles se verifica o seguinte:**
Pede liminarmente o paciente, para não comparecer no dia marcado para o depoimento, como se vê do documento de f. 10.
A liminar foi concedida até o pronunciamento final deste Superior Tribunal.
A petição é longa e está dividida em cinco partes, para o seu melhor entendimento.
Consta do pedido abundante prova documentária em que se fundamenta o impetrante, para pedir a exclusão do paciente do Inquérito Policial Militar, em causa.
Alega o impetrante que se verifica pelo Doc. 1 que se trata, especificamente, de um enquadramento no art. 227 do CPM, como crime de desobediência passível pela lei penal, decorrendo a competência do Superior Tribunal Militar, para conhecer do pedido.
O impetrante aprecia à luz de dispositivos legais a incompetência da autoridade militar para determinar, como no caso, que se trata de ato de funcionário civil praticado em exercício de suas funções em repartição civil, e matéria que pela sua própria natureza escapa à competência da Justiça Militar, por não configurar a atuação do paciente crime militar, nem mesmo em tese.
Diz o impetrante que o inquérito envolvendo a administração dos Drs. Evandro Menezes, paciente, e Manoel Franco, na Caixa Econômica Federal do Paraná, foi julgado e arquivado há cinco anos. Ambos foram punidos e demitidos da direção da Caixa.
Talvez, jamais tenha havido no Brasil um processo que haja ensejado tantos pronunciamentos definitivos das autoridades competentes, quer judiciais, quer administrativas.
Espera a concessão da ordem a fim de excluir do Inquérito Policial Militar, em causa, o paciente, cuja atuação na Caixa Econômica Federal do Paraná já foi definitivamente apreciada pelos órgãos administrativos e tribunais do país.
Solicitadas informações, foram estas prestadas pelo Tenente Coronel Paulo Domingues, Encarregado do IPM, considerada autoridade coatora, por via telegráfica e por via postal, como se vê dos documentos de f. 45 e 49.
Isto posto:
Considerando que da intimação feita pelo Encarregado do IPM (doc. Def. 10) verifica-se ameaça à liberdade de locomoção do paciente;
Considerando que a abundante prova documentária do processo mostra à saciedade que o paciente foi devidamente julgado e demitido do cargo, pelos atos praticados durante a sua gestão na Caixa Econômica Federal do Paraná, quer administrativamente, quer judicialmente, e, posteriormente, dado como inocente; Considerando que da informação prestada (f. 49) se trata de apurar os mesmos atos da improbidade praticados pelo paciente quando Presidente da Caixa Econômica do Paraná, o que foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal e considerado transitado em julgado;
Considerando que não há como estender-se aos civis o foro especial da Justiça Militar, fora dos casos definidos em lei, acordam os Ministros deste Superior Tribunal, a unanimidade de votos, em conceder a ordem, por incompetência da Justiça Militar, para o fim de ser o paciente excluído do IPM, por se tratar de matéria já transitada em julgado". (Grifo nosso).

Não por acaso, Júlio Fabbrini Mirabete lembra que

> (...) embora desconhecida na legislação referente ao *habeas corpus*, a figura da "liminar" foi introduzida nesse remédio jurídico, pela Jurisprudência, que visa atender casos em que a cassação da coação ilegal exige pronta intervenção do Judiciário.[73]

Desta feita, destaca-se que a contribuição do Superior Tribunal Militar foi inenarrável para o desenvolvimento da prestação jurisdicional e a garantia dos direitos individuais no Brasil. Corajosamente, a Corte ultrapassou os liames do art. 133 da Constituição Política ora em vigor, consagrando-se como um dos grandes artífices do Direito Constitucional Pátrio. A providência cautelar então deferida transcendeu os umbrais da Justiça Castra e fez precedente memorável para o próprio Supremo Tribunal Federal, bem como alterou a norma regulamentadora do *writ* para admiti-lo *a posteriori*.

2.2 Dos desdobramentos da concessão perante o Poder Judiciário

À evidência, a inovação alcançou todo o Poder Judiciário Brasileiro assim que a Decisão fora publicada, possibilitando a impetração de novos *habeas* com o inovador pedido liminar.

De fato, naquele mesmo ano, a acautelatória concedida pelo STM serviu de referência para igual pedido protocolado junto ao Supremo Tribunal Federal.[74]

Na sua esteira, a Egrégia Corte, ao julgar o Governador do Estado de Goiás Mauro Borges Teixeira, cujo patrocínio da causa fora encabeçado pelo ilustre advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto e tendo como relator o Ministro Gonçalves de Oliveira, outorgou, em paridade com a jurisprudência da Corte Militar, a segunda liminar em HC do país.[75]

Citou, como não poderia deixar de fazê-lo, o Acórdão paradigma, quebrando um jejum de mais de 150 anos no qual o Pretório Excelso não fazia menção aos julgados do Tribunal Castrense.

Nas palavras de Arnoldo Wald, a decisão do STF fundou-se num:

> pragmatismo ético, uma vez que o Supremo tem que dar soluções aos problemas, não podendo dizer que [...] são

---

[73] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. rev. e atual. até dezembro de 2004. São Paulo: Atlas, 2005. p. 826.

[74] WALD, Arnoldo. Uma importante contribuição do Superior Tribunal Militar à jurisprudência brasileira: a liminar em Habeas Corpus. *In: Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Coletânea de Estudos Jurídicos*. Coord. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Petersen. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008. p. 19.

[75] SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – MEMÓRIA. Disponível em: https://www.stm.jus.br/o-stmstm/memoria. Acesso em: 4 nov. 2021.

> insolúveis. Afinal, o Direito é feito para a sociedade, e não a sociedade para o Direito.[76]

Rememorando a história, em agosto de 1964 fora instaurando contra o referido governador goiano um Inquérito Policial Militar para apurar supostas "atividades subversivas".[77]

A defesa por ele constituída alegou perseguição política e impetrou *habeas* com pedido liminar no Supremo Tribunal Federal, sob o argumento da necessidade de prévio pronunciamento da Assembleia Legislativa Estadual para processar e julgar o Governador, tal como disposto na Constituição Estadual.[78]

O pleito, deferido pelos ministros do Supremo em favor de Mauro Borges, firmou a impossibilidade do processo e julgamento, fosse pela justiça comum fosse pela castrense, do titular de mandato executivo antes da apreciação do Poder Legislativo do estado federado.[79] O Acórdão restou assim ementado:

---

[76] Entrevista do Dr. Arnoldo Wald ao Canal Migalhas. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=XuSnuk9lEBs&t=136s. Acesso em: 4 nov. 2021.

[77] O inquérito buscava averiguar "fatos e devidas responsabilidades de todos aqueles que, na área do estado de Goiás, tenham desenvolvido atividades capituláveis nas leis que definem os crimes militares e os crimes contra o Estado e a ordem política e social." SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – MEMÓRIA. Disponível em: https://www.stm.jus.br/o-stmstm/memoria. Acesso em: 4 nov. 2021.

[78] Narra o Relatório do Acórdão em Habeas Corpus nº 41.296 – Distrito Federal, de relatoria do Ministro do STF Gonçalves de Oliveira, cujo julgamento se deu em 23/11/1964: "(...) Os ilustres advogados Drs. Heráclito Fontoura Sobral Pinto e José Crispim Borges impetram ao Supremo Tribunal Federal habeas corpus preventivo em favor do Governador Mauro Borges Teixeira. Alegam os impetrantes que, desde que se tornou vitorioso o movimento armado de março do corrente ano, os adversários políticos do Governador vêm-se empenhando para afastá-lo do Governo do Estado de Goiás, para o qual fora eleito em pleito honesto e livre pelo povo do mencionado Estado. As providências para tal formalidade são múltiplas e, frustradas umas, outras surgem, numa obstinação fértil em maquinações. **A tática posta agora em prática consistiu na instauração de um Inquérito Policial-Militar, que teria começado na área propriamente militar, posteriormente transferido para o Departamento Federal de Segurança Pública, sob a direção do General Riograndino Kruel, com escopo indisfarçável de colheita de provas para o afastamento do Governador.** O inquérito foi formado e encontra-se em mãos do Presidente da República, Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco e, em conseqüência, parte de Sua Excelência uma coação sobre o paciente, uma vez que o General Riograndino Kruel exerce a sua alta função como delegado da imediata e absoluta confiança do Chefe do Governo. E passam os impetrantes a relatar ocorrências graves, a tomada de depoimentos do paciente-Governador horas a fio, com intuito desmoralizador, forjando-se, de outra parte, provas contra o paciente no exercício de suas funções, imputando-lhe crimes previstos na Lei de Segurança Nacional." (...). (Grifo nosso).

[79] O Ministro-Relator em seu voto faz expressa referência ao *leading case* do STM, *in verbis*: "(...) O habeas corpus, do ponto de vista da sua eficácia, é irmão gêmeo do mandado de segurança. Quando este último foi instituído na Carta Política de 1934, dispôs o art. 113, § 33, que o seu 'processo será o mesmo do habeas corpus'. O processo, como se vê, é o mesmo. A Constituição de 1946 trata do habeas corpus e do mandado de segurança num dispositivo

> Impeachment - Caso do Governador Mauro Borges, de Goiás. **Deferimento de liminar em habeas corpus preventivo por despacho do Ministro relator, dada a urgência da medida.** Os governadores dos Estados, nos crimes de responsabilidade, ficam sujeitos ao processo de impeachment, nos termos da Constituição do Estado, respeitado o modelo da Constituição Federal. Os Governadores respondem criminalmente perante o Tribunal de Justiça, depois de julgada procedente a acusação pela Assembleia Legislativa. Nos crimes comuns, a que se refere a Constituição, se incluem todos e quaisquer delitos da jurisdição penal ordinária ou da jurisdição militar. Os crimes militares, a que os civis respondem, na Justiça Militar, são os previstos no art. 108 da Constituição Federal. Os crimes de responsabilidade são os previstos no art. 89 da Constituição Federal definidos na L. 1.079, de 1950. **Concessão da ordem para que o Governador somente seja processado, após julgada procedente a acusação, pela Assembleia Legislativa**. (Habeas Corpus nº 41.296 – Distrito Federal. Relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira. Julgamento: 23/11/1964). (Grifo nosso).

Os julgados retratados, duas decisões paradigmáticas, tornaram-se o farol para os advogados brasileiros que lutaram a favor das liberdades civis, e isto há quase sessenta anos. Tudo, graças a arrojada iniciativa de Arnoldo Wald e a cosmopolita exegese do Superior Tribunal Militar.

As palavras do ilustre causídico concluem com maestria o momento em discussão, *in litteris:*

> Se a coragem é a dignidade sob pressão, conforme lembra ERNEST HEMINGWAY, a concessão da medida liminar em habeas corpus, sucessivamente pelo Superior Tribunal Militar e pelo Supremo Tribunal Federal, nas condições existentes em 1964, em processos que acompanhamos como advogado de vários pacientes, representou tanto uma construção jurídica necessária e fecunda, que honra a cultura jurídica

---

junto ao outro, os parágrafos 23 e 24. Se o processo é o mesmo, e se no mandado de segurança pode o relator conceder a liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar, no habeas corpus preventivo, não pudesse ser concedida, principalmente, quando o fato ocorre em dia de sábado, feriado forense, em que o Tribunal, nem no dia seguinte, abre as suas portas**. Se qualquer dúvida pudesse subsistir ao propósito, V. Exa., Senhor Presidente, as dissipou na nota que o Supremo Tribunal distribuiu à imprensa e redigida por V. Exa., nota amplamente divulgada, em que V. Exa. relembra precedente, a saber, liminar recentemente concedida pelo Almirante Espíndola, do Superior Tribunal Militar,** em favor do Dr. Evandro Correia de Menezes, Procurador da Caixa Econômica, para isentá-lo de injusto procedimento. Foi suspensa a investigação, diz a nota fornecida à imprensa, e a ordem deferida pelo Superior Tribunal Militar, unanimemente". (Grifo nosso).

> do nosso país, quanto uma importante contribuição para a defesa do Estado de Direito e uma prova inequívoca da independência e da coragem cívica da nossa magistratura.[80]

3 Conclusão

O Direito, como Ciência Social aplicada, é fruto da evolução civilizatória humana. Tem por norte regulamentar a sociedade e implementar a paz, pelo que deve instrumentalizar, por meio de seus institutos e de sua processualística, os preceitos de Justiça.

Seu caráter volátil propicia um novo caminhar e o desenvolvimento antropológico do Ser, por isso necessita forjar novos conceitos e incrementar o espírito criador humano a fim de dar continuidade aos anseios sociais.

Sob esse viés, os operadores do Direito são os artífices da Nova Ordem. Neste texto, destacou-se a magistral inteligência e sensibilidade jurídica do notável advogado, jurista e professor de todas as gerações que o precederam Arnoldo Wald ao lado do não menos brilhante Ministro Almirante de Esquadra José Espíndola. À frente de sua época e diante de uma grave crise institucional que enfrentava o país, corajosamente, ambos inovaram o Direito Constitucional Brasileiro de forma memorável.

A novidade, acatada *a posteriori* pela Corte Federal Castrense, possibilitou seu manejo até os dias atuais, descortinando-se como um dos principais contributos ao direito fundamental à liberdade de locomoção dos indivíduos.

O *leading case,* um marco nos anais da história judicial pátria, corroborou exegese vanguardista que descortina as transformações do passado, a supremacia do presente e o leme do futuro. Mas antes e acima de tudo, demonstra que com a força das ideias os homens mudam o mundo!

Salve o professor e advogado Arnoldo Wald, grande jurista! Salve o Almirante de Esquadra José Espíndola, velho dragão do mar! A história não os esqueceu!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. *"Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa"*. DOU: 9/4/1964.

[80] WALD, Arnoldo. Uma importante contribuição do Superior Tribunal Militar à jurisprudência brasileira: a liminar em Habeas Corpus. *In: Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Coletânea de Estudos Jurídicos.* Coord. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Petersen. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008. p. 21.

BRASIL. Código Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.001, de 21/10/1969. DOU: 21/10/1969.

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.002, de 21/10/1969. DOU: 21/10/1969.

BRASIL. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. *"Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares"*. DOU: 8/9/1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DOU: 5/10/1988.

BRASIL. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. *"Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar"*. DOU: 16/10/2017.

BRASIL. Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018. *"Altera a Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que 'Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares'"*. DOU: 20/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal Militar – STM. Site: www.stm.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Regimento Interno do Superior Tribunal Militar: súmulas*. 2. ed. consolidada. Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento. Brasília, 2020.

GUINIER, A. *L'honneur du soldat. Éthique martiale et discipline guerrière dans la France des Lumières.* Rhône: ChampVallon, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal.* 17. ed. rev. e atual. até dezembro de 2004. São Paulo: Atlas, 2005.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Tortura, Crime Militar, Habeas Corpus*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASSOS, Rogério Bezerra. *A Justiça Castrense na Sociedade Contemporânea: qual a sua importância?* Trabalho de Conclusão de Curso de especialização em Ciências Militares. Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro, 2020.

Revista A DEFESA NACIONAL, 1. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2000.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Justiça Militar e o estado democrático de Direito*. STM em revista. Brasília: ano 3, n. 3, jan./jun. 2006, p. 24. Disponível em: https://dspace.stm.jus.br/xmlui/handle/123456789/132175.

SOUZA, Adriana Barreto; SILVA, Angela Moreira Domingues. *A organização da Justiça Militar no Brasil: Império e República.* In: Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol. 29, n. 58, p. 361-380, maio-agosto de 2016.

SOUZA, A. B. de. *A governança da justiça militar entre Lisboa e Rio de Janeiro (1750-1820).* Almanack, v. 5, p. 368-408, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – MEMÓRIA. Disponível em: https://www.stm.jus.br/o-stmstm/memoria.

WALD, Arnoldo. Uma importante contribuição do Superior Tribunal Militar à jurisprudência brasileira: a liminar em Habeas Corpus. *In: Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Coletânea de Estudos Jurídicos.* Coord. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Petersen. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

Nota sobre os autores

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Magistrada do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *honoris causa* pela Faculdade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Portugal. Professora Universitária. Autora de livros e artigos jurídicos publicados no Brasil e no exterior.

Mateus Schaeffer Brandão

Mestre e doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisboa, Portugal. Oficial da Força Aérea Brasileira – FAB. Assessor Jurídico do Superior Tribunal Militar – STM – Brasil.

2

DR. ARNOLD WALD
DR. CARLOS GOMES MONTEIRO
DR. MIGUEL WINOGRAD
Advogados

DR. ARNOLD WALD
ADVOGADO

RUA SÃO JOSÉ, 50 - GRUPO 902
TEL. 22-2219
RIO DE JANEIRO

EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

ARNOLD WALD, brasileiro, casado, advogado, vem impetrar, junto a êste Egrégio Superior Tribunal, um "Habeas-corpus" em favor de EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES, brasileiro, casado, consultor jurídico do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, que está sofrendo coação por parte do encarregado do Inquérito Policial Militar junto à Caixa Econômica Federal do Paraná, Ten.Cor. Paulo Ignácio Domingues, fundamentando-se o presente "habeas-corpus", nas seguintes razões de fato e de direito:

I - DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR PARA APRECIAR HABEAS-CORPUS CONTRA DECISÃO DA AUTORIDADE MILITAR

1. O paciente foi intimado para comparecer a fim de prestar depoimento como indiciado no Inquérito Policial Militar da Caixa Econômica Federal do Paraná, no próximo dia 28 do corrente, conforme documento I anexo, tendo a intimação sido feita pelo encarregado do IPM, já mencionado.

2. A intimação parte de autoridade militar que procede ao IPM em repartição civil e que determinou o comparecimento do paciente na forma da legislação penal militar, conforme se verifica pelo doc. I anexo, que se referia especificamente ao art. 227 do Código Penal Militar, enquadrando o não comparecimento do paciente, como crime de desobediência punível pela lei penal militar.

3. O Superior Tribunal Militar tem, pois, competência para conhecer do "habeas-corpus" contra atos das autoridades militares, nos têrmos do art. do Código da Justiça Militar.

II - DA INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE MILITAR PARA DETERMINAR A PRISÃO

4. Trata-se, no caso, de ato de funcionário civil, praticado no exercício das suas funções em repartição civil, matéria que, pela sua própria natureza, escapa à competência da justiça militar.

5. Para legitimar a prisão de civil, na forma do art. 156 do Código da Justiça Militar, é preciso que a determinação da prisão decorra de ato praticado por autoridade referida no art. 115 e que tenha sido determinada, a prisão, no Inquérito, para apuração de fato que seja da competência militar, não tendo sido obedecidos, no presente caso, os dois requisitos em questão, por não configurar a atuação do paciente crime militar, nem mesmo em tese.

6. Êste augusto tribunal, na plena consciência das suas responsabilidades com o país e com a defesa da ordem democrática restabelecida, tem reafirmado, em diversos julgamentos recentes, que cabe o "habeas-corpus" quando não constitui crime militar o fato apurado e imputado ao paciente, especialmente não havendo prisão preventiva decretada, como foi decidido nos "habeas-corpus" nºs 26.915 e 26.931, de

-3-

que foram relatores os Exmos. Srs. Ministros Murgel de Rezende e General Lima Câmara, ambos julgados na sessão de 22 de julho de 1964 e nos "habeas-corpus" de nºs 26.928 e 26.954, relatados pelos Exmos. Srs. Ministros Almirante de Esquadra Borges Fortes e Ministro General de Exército Lima Brayner, julgados na sessão de 3 de agôsto de 1964, para sòmente citar as últimas decisões dêste Egrégio Tribunal.

7. Ponto de vista idêntico foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso de "Habeas-corpus" nº 40.865 concedido pelo Excelso Pretório em 5 do corrente.

III - A HIPÓTESE JÁ FOI OBJETO DE PRONUNCIAMENTO DEFINITIVO DA JUSTIÇA

8. O Inquérito envolvendo a administração dos Drs. EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO na Caixa Econômica Federal do Paraná, foi JULGADO e ARQUIVADO há cinco anos. Ambos foram punidos e DEMITIDOS da direção da Caixa do Paraná.

9. O processo foi JULGADO pelo ÓRGÃO LEGAL COMPETENTE, o CONSELHO SUPERIOR DAS CAIXAS ECONÔMICAS FEDERAIS, e apreciado pelo Ministro da Fazenda, que, tendo em vista o parecer do PROCURADOR GERAL DA FAZENDA NACIONAL, determinou o ARQUIVAMENTO do processo (Diário Oficial da União, de 15 de julho de 1959, pág. 15.844).

10. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DEMITIU os Drs. EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES e MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO do Conselho Administrativo da Caixa Econômica Federal do Paraná, por DECRETOS publicados no "Diário Oficial da União" de 15.7.1959, pág. 15.830.

11. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO requereu MANDADO DE SEGURANÇA ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no qual pediu SER ANULADA A SUA DEMISSÃO, para voltar à Caixa, e a REVISÃO DO PROCESSO contra o DR. EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES. O SUPRE

MO TRIBUNAL FEDERAL, POR UNÂNIMIDADE DE VOTOS, INDEFERIU O PEDIDO, ALEGANDO QUE O PROCESSO OBEDECEU A TODOS OS TÊRMOS EXIGIDOS EM LEI (Mandado de Segurança nº 7.327, "Diário da Justiça da União" de 26 de outubro de 1960, pág. 6.097).

12. O DR. EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES, obteve HABEAS-CORPUS da Justiça do Paraná, confirmado, através CARTA TESTEMUNHÁVEL, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e pelo TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS, HABEAS-CORPUS êsse que considera o Dr. EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES INOCENTE das caluniosas acusações de que foi vítima, afirmando a sentença NÃO PODER SER RENOVADO O PROCESSO POR FALTA DE JUSTA CAUSA. O MINISTÉRIO PÚBLICO interpôs RECURSO EXTRAORDINÁRIO da decisão do TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Dêsse RECURSO, nº 48.328, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONHECEU E NEGOU PROVIMENTO, POR UNÂNIMIDADE, confirmando, mais uma vez, o HABEAS-CORPUS. Declara, textualmente, o VOTO do MINISTRO RIBEIRO DA COSTA que "NO CASO, INEXISTE, MESMO EM POTENCIAL, POSSÍVEL DANO À FAZENDA PÚBLICA"; afirmando, também, o RELATOR que "INEXISTE IN CASU INTERÊSSE PATRIMONIAL DA UNIÃO" (Doc. II anexo).

Efetivamente, na sua petição de "Habeas-corpus", o paciente requereu a ordem contra a Comissão de Inquérito, a fim de

> SE DECLARAR NULO E DE NENHUM EFEITO, POR FALTA DE JUSTA CAUSA, POR CESSADO O MOTIVO, POR ILEGAL, O ATO QUE, SOLVENDO A COMISSÃO ANTERIOR, DESIGNOU NOVA, ISENTA O PACIENTE DE TÔDA E QUALQUER RESPONSABILIDADE, COMO DE DIREITO E POR SER DE JUSTIÇA". (fls. 4 do doc. III anexo).

A sentença (doc. IV anexo), concedeu:

-5-

"EM FAVOR DO DR. EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES A ORDEM IMPETRADA, NOS TÊRMOS E PARA OS EFEITOS PEDIDOS NA INICIAL". (fls. 4 do doc. IV anexo).

Assim sendo, foi concedida a ordem por falta de justa causa, tendo tal decisão sido confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (doc. II anexo).

Acresce que, tendo a ordem sido concedida por falta de justa causa, implica, necessàriamente, em preclusão da ação repressiva.

Por outro lado, atendendo petição formulada pelo impetrante em 25 do corrente (doc. V anexo), o Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal comunicou, por via telegráfica, ao Exmo. Sr. General Presidente da CGI (doc.VI anexo) e ao encarregado do I.P.M. (doc. VII anexo), que o Supremo Tribunal Federal havia conhecido e negado provimento, unânimemente, ao recurso interposto pelo Ministério Público tendo, portanto, transitado em julgado a decisão favorável ao paciente.

13. Esclareça-se que, também recentemente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmou jurisprudência nestes têrmos categóricos:

"É INADMISSÍVEL SEGUNDA PUNIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO BASEADA NO MESMO PROCESSO EM QUE SE FUNDOU A PRIMEIRA."

É o que consta da SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, edição de 1964, aprovada na sessão de 13 de dezembro de 1963, anexo ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, nº 19, referente ao Recurso de Mandado de Segurança nº 8.048, acórdão de 31 de janeiro de 1962.

6

7

-6-

14. É, aliás, a consagração da velha tese de NON BIS IN IDEM.

Talvez, jamais tenha havido no Brasil, um processo que haja ensejado TANTOS pronunciamentos DEFINITIVOS das autoridades COMPETENTES, quer JUDICIAIS, quer ADMINISTRATIVAS, aos diversos aspectos da questão, ou seja:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS
PRESIDENTE DA REPÚBLICA
MINISTRO DA FAZENDA
PROCURADOR GERAL DA FAZENDA NACIONAL e
CONSELHO SUPERIOR DAS CAIXAS ECONÔMICAS FEDERAIS.

IV - DO PEDIDO

15. O Código de Processo Penal, no seu artigo 651, esclarece que a concessão do "habeas-corpus" não porá têrmo ao processo, salvo se êste estiver em conflito com os fundamentos da concessão do "habeas-corpus".

É o que ocorre no caso concreto, pois a falta de justa causa, implica em impossibilidade de reexame da matéria, que sofreu preclusão.

16. Neste sentido é a melhor lição dos comentadores do Código de Processo Penal, afirmando o Desembargador Florêncio de Abreu, membro da Comissão Elaboradora do referido diploma, que:

> "Se a ordem é concedida em virtude de alguma questão prejudicial, ou de alguma circunstância preclusiva da ação repressiva, ou do reconhecimento de alguma circunstância extintiva da punibilidade, ou da nulidade do processo, a decisão do TRIBUNAL SUPERIOR, SOB PENA DE GERAR-SE O ABSURDO, TEM DE IN-

-7-

FLUIR NECESSÀRIAMENTE SÔBRE O PROCESSO EM CURSO". (FLORÊNCIO DE ABREU, Comentários ao Código de Processo Penal, vol. V, Edição Revista Forense, 1945, pág. 579).

V - DA EXISTÊNCIA DE COAÇÃO JUSTIFICATIVA DA CONCESSÃO DO HABEAS-CORPUS

17. A restrição à liberdade de locomoção do paciente, decorre diretamente da fundamentação da autoridade coatora, no sentido de se apresentar, a fim de prestar depoimento como indiciado, no próximo dia 28 do corrente, em Curitiba, conforme documento I anexo.

Por outro lado, a referência do ofício às penas da lei e especialmente ao artigo 227 do C.P.M. na hipótese do não comparecimento do paciente, implica em ameaça de ilegal aplicação da pena prevista no C.P.M. por considerar a autoridade coatora, antecipadamente como crime de desobediência, o não comparecimento do paciente diante de uma convocação que, evidentemente, emana de autoridade incompetente e se refere a um processo já definitivamente encerrado, tanto na esfera administrativa, com a decisão do Ministro do Estado e do Presidente do Conselho de Ministros, como na área pròpriamente judicial, em que se manifestara a respeito dos diversos tribunais do país e, em particular, ao Supremo Tribunal Federal, em acórdão no qual concedeu "habeas corpus" ao paciente, a fim de evitar que seja processado o paciente em relação a qualquer fato decorrente de sua administração na Caixa Econômica Federal do Paraná, como pretende a autoridade coatora.

Pelo expôsto, espera que, desde logo, o Exmo. Sr. Ministro Relator autorize, liminarmente, o paciente a não comparecer no dia marcado para o depoimento, devendo finalmente ser concedida a ordem de "habeas-corpus", a fim de ex

-8-

cluir do I.P.M. da Caixa Econômica Federal do Paraná o paciente, cuja atuação naquêle órgão já foi definitivamente apreciada pelos órgãos administrativos dos tribunais do país.

Nestes têrmos,

P. deferimento.

Rio de Janeiro, 27 de agôsto de 1964

ARNOLD WALD
ADVOGADO
Inscr. n.º 8582

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
27 AGO 1964
PROTOCOLO

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
PROTOCOLO Nº 113921
FOLHA Nº 491
Em 27 de 8 de 1964

36

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
RECEBIMENTO
Aos 28 dias de 8 de 1964
Recebi êstes autos para autuação, registrados no Prot. Geral sob n.º 3921/64 e contém 35 fôlhas, tôdas numeradas.
Eu _____, Of. Jud., pelo Sr. Diretor Geral, escrevi.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
DISTRIBUIÇÃO
Aos Exm.os Srs. Ministros:
Relator: Mte José Espíndola
Revisor:
Em, 28 de Agosto de 1964
Vice-Presidente, no exercício da Presidencia

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
SECRETARIA
CONCLUSÃO
Aos 31 dias do mês de 8 do ano de 1964
[illegible] faço os presentes au[illegible] [illegible]usos ao
[illegible] Relator Mte José Espíndola
[illegible]rmo. Eu _____
Of[illegible], pelo Sr. Diretor-Geral, escrevi.

31/8/64

A' Secretaria

Sejam solicitadas as informações necessarias ao Sr. Encarregado do Inquerito Policial Militar Tenente Coronel Paulo Ignacio Domingues, esclarecendo o mesmo qual o motivo da abertura do inquerito.

Como preliminar, determino que o Sr. Encarregado do Inquerito se abstenha de

praticar qualquer ato contra o paciente até definitivo pronunciamento deste Egregio Tribunal, telegrafando-se ao mesmo, com urgência, para o referido fim.

J. Espíndola

CERTIDÃO

Certifico e dou fé que nesta data, foram requisitadas as informações determinadas no despacho de fls. retro pelo que passei a presente certidão.
Secretaria do Supremo Tribunal Militar, em 31 de 8 de 1964. Eu, Carlos A. Coelho Cruz
pelo Sr. Diretor Geral, o escrevi.

52
BC

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Habeas-Corpus nº 27.200 - Estado da Guanabara

Ementa: Habeas-Corpus concedido. Incompetência da Justiça Militar para conhecer de fato ocorrido em repartição que nenhuma relação tem com a administração militar. Não cabe o exame da matéria transitada em julgado, por falta de justa causa.

Relator : Ministro Alm.Esq. José Espíndola
Paciente : Evandro Moniz Corrêa de Menezes, alegando, por seu advogado, que está sofrendo coação por parte do Encarregado do IPM junto à Caixa Econômica Federal do Paraná, pede liminarmente para não comparecer no dia marcado para o depoimento, bem como seja excluido do referido IPM.

Vistos e relatados os presentes autos de Habeas-Corpus, impetrado em favor de EVANDRO MONIZ CORRÊA DE MENEZES, civil, Consultor Jurídico do Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, por seu advogado Dr. Arnold Wald, dêles se verifica o seguinte:

Pede liminarmente o paciente, para não comparecer no dia marcado para o depoimento, como se vê do documento de fls. 10.

A liminar foi concedida até o pronunciamento final dêste Superior Tribunal.

A petição é longa e está dividida em cinco partes, para o seu melhor entendimento.

Consta do pedido abundante prova documentária em que se fundamenta o impetrante, para pedir a exclusão do paciente do Inquérito Policial Militar, em causa.

Alega o impetrante que se verifica pelo Doc. nº 1 que se trata, especìficamente, de um enquadramento no artigo 227 do C.P.M., como crime de desobediência passível pela lei penal, decor-

Cont. H.C. nº 27.200 Fls. 2 J3 BC

decorrendo a competência do Superior Tribunal Militar, para conhecer do pedido.

O impetrante aprecia à luz de dispositivos legais da incompetência da autoridade militar para determinar, como no caso, que se trata de ato de funcionário civil praticado em exercício de suas funções em repartição civil, e matéria que pela sua própria natureza escapa à competência da Justiça Militar, por não configurar a atuação do paciente crime militar, nem mesmo em tese.

Diz o impetrante que o inquérito envolvendo a administração dos Drs. Evandro Menezes, paciente, e Manoel Franco, na Caixa Econômica Federal do Paraná, foi julgado e arquivado há cinco anos. Ambos foram punidos e demitidos da direção da Caixa.

Talvez, jamais tenha havido no Brasil, um processo que haja ensejado tantos pronunciamentos definitivos das autoridades competentes, quer judiciais, quer administrativas.

Espera a concessão da ordem a fim de excluir do Inquérito Policial Militar, em causa, o paciente, cuja atuação na Caixa Econômica Federal do Paraná, já foi definitivamente apreciada pelos orgãos administrativos e tribunais do país.

Solicitadas informações, foram estas prestadas pelo Tenente Coronel Paulo Domingues, Encarregado do IPM, considerada autoridade coatora, por via telegráfica e por via postal, como se vê dos documentos de fls. 45 e 49.

Isto pôsto:

Considerando que da intimação feita pelo Encarregado do IPM (doc. de fls. 10) verifica-se ameaça à liberdade de locomoção do paciente;

Considerando que a abundante prova documentária do processo, mostra à saciedade que o paciente foi devidamente julgado e demitido do cargo, pelos atos praticados durante a sua gestão na Caixa Econômica Federal do Paraná, quer administrativamente, quer judicialmente, e, posteriormente dado como inocente;

Considerando que da informação pretada (fls. 49) se tra

Cont. H.C. nº 27.200 Els. 3

54
BC

trata de apurar os mesmos atos de improbidade praticados pelo paciente quando Presidente da Caixa Econômica Federal do Paraná, o que já foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal e considerado transitado em julgado;

Considerando que não há como estender-se aos civis o fôro especial da Justiça Militar, fóra dos casos definidos em lei,

ACORDAM os Ministros dêste Superior Tribunal, a unanimidade de votos, em conceder a ordem, por incompetência da Justiça Militar, para o fim de ser o paciente excluido do IPM, por se tratar de matéria já transitado em julgado.

Superior Tribunal Militar, 23 de setembro de 1964.

Min.Dr. Washington Vaz de Mello, Presidente em exercício.

Min. Alm.Esq. José Espíndola, Relator

Min. Dr. Octávio Murgel de Rezende

Min. Gen.Ex. A.J. de Lima Câmara

Min. Ten.Brig. Vasco Alves Secco

Min. Alm.Esq. Diogo Borges Fortes

Min. Dr. João Romeiro Neto

Min. Dr. O.M. Ribeiro da Costa

Min. Maj.Brig. Antônio Alves Cabral.

JURISPRUDÊNCIA

Agravo Interno

AGRAVO INTERNO Nº 7000068-03.2021.7.00.0000

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Agravante: Maria Auxiliadora Figueiredo de Oliveira.

Advogado: Dr. Marcos David Figueiredo de Oliveira, OAB/MT nº 4.192.

Agravados: MM. Denise Andréa Martins Retamero, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; MM. Luiz Augusto de Salles Vieira, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; MM. Plínio Novaes de Andrade Júnior, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e MM. Fábio Varlese Hillal, Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campinas/SP.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM NOTÍCIA CRIME. SUPOSTOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL. ARTS. 124, *CAPUT*, E 109, INCISO IV, DA CF. INCOMPETÊNCIA DO STM. ESTELIONATO. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA ESTADUAL POR CRIME COMUM. ARTS. 96, INCISO III, 105, INCISO I, ALÍNEA "A", E 124, *CAPUT*, DA CF. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ABERTURA DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO PELO JUDICIÁRIO. SISTEMA ACUSATÓRIO. MONOPÓLIO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO *PARQUET*.

1. Tendo em vista o disposto nos arts. 124, *caput*, e 109, inciso IV, da Constituição Federal, não é do STM – nem de qualquer outro órgão jurisdicional da JMU – a competência para processar e julgar crimes políticos, como é o caso dos delitos previstos na Lei de Segurança Nacional.

2. Em obediência ao que dispõem os arts. 96, inciso III, 105, inciso I, alínea "a", e 124, *caput*, da Constituição Federal, também não compete à Justiça Militar processar e julgar Desembargadores de Tribunal de Justiça estadual e Juízes de Direito da Justiça estadual acusados do cometimento de crime comum.

3. Não é dado ao Poder Judiciário determinar a abertura de procedimento investigatório ou seu arquivamento, sob pena de violação ao sistema acusatório e ao monopólio da ação penal pública conferido ao *Parquet*.

Agravo Interno conhecido e não acolhido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e não acolheu o Agravo Interno interposto pela Defesa de Maria Auxiliadora Figueiredo de Oliveira, para manter inalterada a Decisão que, com fundamento no art. 13, inciso V, do Regimento Interno do STM, negou seguimento à Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000, por se tratar de pedido manifestamente estranho à competência deste Tribunal, e, por conseguinte, determinou seu arquivamento, nos termos do voto do Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 8/4/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pela Defesa da Civil MARIA AUXILIADORA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA contra Decisão monocrática proferida em 10 de dezembro de 2020, que, com fundamento no art. 13, inciso V, do Regimento Interno do STM, negou seguimento à Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000, por se tratar de pedido manifestamente estranho à competência deste Tribunal, e, por conseguinte, determinou seu arquivamento.

Consoante se observa dos autos, a Defesa de MARIA AUXILIADORA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA encaminhou ao Superior Tribunal Militar Notícia Crime (denominando-a "Representação Criminal no interesse da Justiça

Militar") em que informava suposta prática, pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo MM. DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO, MM. LUIZ AUGUSTO DE SALLES VIEIRA e MM. PLÍNIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR e pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Campinas/SP MM. FÁBIO VARLESE HILLAL, dos crimes previstos no art. 1º, *caput* e inciso II, no art. 2º, *caput* e incisos I e II, e no art. 17, *caput*, todos da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), e do crime previsto no art. 171, *caput* (estelionato), do Código Penal comum, c/c o art. 29 (concurso de pessoas), também do CP comum (evento 1 do processo nº 7000898-03.2020.7.00.0000).

De acordo com sua Defesa, a então Representante, juntamente com outras pessoas, foi demandada judicialmente em Ação de Cobrança em razão de inadimplência de contrato firmado entre a COMPSTAR COMÉRCIO E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA e o BANCO DO BRASIL S/A. Alegou que a ação foi ajuizada em 2007 – e distribuída à 4ª Vara Cível da Comarca de Campinas/SP, de titularidade do Juiz de Direito MM. FÁBIO VARLESE HILLAL, então Representado – e os demandados nunca foram citados, tendo a citação por edital ocorrido apenas mais de dez anos depois, quando já estava prescrita a pretensão de cobrança da dívida.

Afirmou que o referido Magistrado, deixando de reconhecer de ofício a prescrição, – como lhe era exigível em face do que dispunha o art. 219, § 5º, do CPC/73, então em vigor – julgou procedente a ação de cobrança. Aduziu que, ao assim agir, legalizando dívida prescrita, ele (o Representado FÁBIO), em conluio com o advogado da outra parte, teria praticado o delito de estelionato.

Ainda alegou contra o MM. FÁBIO VARLESE HILLAL:

> 1) que, na execução definitiva (Ação de Cumprimento de Sentença movida pela ATIVOS S/A SECURITIZADORA DE CRÉDITOS FINANCEIROS em desfavor da Requerente e outras pessoas), ele teria deixado de citar a Requerente;
>
> 2) que, em nítida má-fé, ele proferiu Decisão interlocutória colocando em indisponibilidade seus ativos financeiros e efetuando o bloqueio judicial de valor correspondente à sua remuneração como corretora de imóveis (R$ 4.867,71), o que é vedado; e
>
> 3) que, sem qualquer justificativa racional, ele indeferiu o desbloqueio solicitado pela Representante e rejeitou os Embargos de Declaração por ela opostos.

Sustentou que interpôs Agravo Interno pleiteando o desbloqueio do valor de R$ 4.867,71 (quatro mil, oitocentos e sessenta e sete reais e setenta e um centavos) e que, em Decisão colegiada despida de legalidade, impessoalidade,

moralidade e imparcialidade, os então Representados MM. DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO, MM. LUIZ AUGUSTO DE SALLES VIEIRA e MM. PLÍNIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negaram provimento ao recurso.

Afirmou que o Acórdão então proferido:

> é um ato ardiloso para possibilitar o bloqueio judicial, já que faz afirmação falsa, no sentido de que a Representante não demonstrou que a origem do valor bloqueado, se refere a sua remuneração como corretora de imóveis, quando as petições endereçadas aos Representados, juntamente, com o contrato de locação e o extrato bancário acostado, demonstram, de forma cabal, a origem do recurso com o labor profissional da Representante.

Alegou que, ao assim agirem, os Desembargadores e o Juiz de Direito então Representados proferiram "sentença ilícita", se utilizando do cargo, "com notório abuso e desvio de poder contra o ESTADO, (...) impedindo por violência judicial grave o livre exercício dos Poderes da União e comprometendo a administração da justiça, como dever constitucional do ESTADO". Por conseguinte, afirmou que eles incorreram nos crimes previstos no art. 1º, *caput* e inciso II, no art. 2º, *caput* e incisos I e II, e no art. 17, *caput*, todos da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), bem como no crime previsto no art. 171, *caput* (estelionato), do Código Penal comum, c/c o art. 29 (concurso de pessoas), também do CP comum.

Ao final, requereu a concessão de liminar para afastar imediatamente os Representados dos feitos ora relatados. Além disso, pleiteou: 1) o encaminhamento da Representação Criminal ao Plenário do STM para exame de admissibilidade; 2) o encaminhamento de ofício à Polícia Federal para a instauração de Inquérito Policial em desfavor dos Representados; 3) a quebra dos sigilos bancário e fiscal dos Representados, bem como de seu "sigilo telefônico, *e-mail*, redes sociais". Subsidiariamente, pleiteou o encaminhamento do feito ao Procurador-Geral da Justiça Militar para que fosse oferecida Denúncia ou determinada a abertura de Inquérito Policial, com o necessário afastamento dos Representados de seus cargos.

Porém, como Relator, entendi que esta Corte é absolutamente incompetente para processar e julgar criminalmente os então Representados – Magistrados da Justiça Estadual de São Paulo – pelo suposto cometimento de crimes contra a Segurança Nacional e de crime de estelionato, sendo, por conseguinte, incompetente para processar a Notícia Crime contra eles apresentada. Assim, por meio de Decisão monocrática de 10 de dezembro de 2020, e utilizando como fundamento o art. 13, inciso V, do Regimento Interno do STM, neguei seguimento à referida Notícia Crime e, em sequência, determinei seu arquivamento (evento 6 do processo nº 7000898-03.2020. 7.00.0000).

A Decisão foi publicada no Diário de Justiça Eletrônico no dia 15 de dezembro de 2020 (evento 8 do processo nº 7000898-03.2020.7.00.0000) e a Defesa de MARIA AUXILIADORA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA, intimada em 25 de dezembro de 2020 (eventos 10 e 13 do processo nº 7000898-03.2020.7.00.0000), interpôs, tempestivamente, em 1º de fevereiro de 2021, o presente Agravo Interno (evento 14 do processo nº 7000898-03.2020. 7.00.0000).

Em seu Agravo (evento 1), a Defesa de MARIA AUXILIADORA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA, em resumo, afirma que a competência para processar a Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000 não é da Justiça Federal, mas da Justiça Militar, uma vez que os delitos definidos pela Lei nº 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional) não são crimes políticos, mas "crimes militares contra a segurança nacional, ainda que tenha motivação política", "uma vez que compete às FORÇAS ARMADAS garantir a segurança do ESTADO, tanto interna quanto externa".

Ressalta, ainda, que "é a lei que define o que é ou não crime militar e não o magistrado" e que "não compete ao Poder Judiciário alterar a competência para a Justiça Federal". Afirma que "o artigo 30 da Lei de Segurança Nacional não foi alterado, substituído ou revogado, sendo de rigor sua aplicação pelo juiz, sob pena de violar a Súmula Vinculante n. 10 do STF". Alega que o texto constitucional de 1988 não implicou alteração da competência para o processamento e julgamento de crimes contra a segurança nacional. Brada, também, ser "inconcebível, sem incorrer em desvio de finalidade da lei e abuso de poder, o Supremo Tribunal Federal atribuir os crimes definidos na LSN à Justiça Federal".

Por fim, a Defesa reitera o que foi anteriormente por ela noticiado em desfavor dos ora Agravados, ressaltando que eles proferiram decisões judiciais ilícitas.

Em Contrarrazões (evento 9), o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ROBERTO COUTINHO pugna pelo conhecimento e não acolhimento do Agravo Interno. Argumenta, para tanto, ser "lamentável que o Douto Advogado ainda insista em erro de tamanha dimensão, ao recorrer, frustrando as esperanças de sua constituinte".

Mantendo a Decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos, submeto o Agravo Interno à apreciação do Plenário desta Corte, na forma do art. 123, § 2º, do RISTM.

É o Relatório.

VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, devendo, pois, ser conhecido.

Trata-se de Agravo Interno interposto pela Defesa de MARIA AUXILIADORA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA contra Decisão monocrática proferida por este Relator em 10 de dezembro de 2020, que, com fundamento no art. 13, inciso V, do Regimento Interno do STM, negou seguimento à Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000, por se tratar de pedido manifestamente estranho à competência deste Tribunal, e, por conseguinte, determinou seu arquivamento.

A Agravante afirma, em síntese, que a competência para processar a Notícia Crime nº 7000898- 03.2020.7.00.0000 não é da Justiça Federal, mas da Justiça Militar, uma vez que os delitos definidos pela Lei de Segurança Nacional não são crimes políticos, mas "crimes militares contra a segurança nacional, ainda que tenha motivação política", "uma vez que compete às FORÇAS ARMADAS garantir a segurança do ESTADO, tanto interna quanto externa" (evento 1).

Conforme consta na Decisão agravada e a seguir exposto, as alegações ora apresentadas não se sustentam.

Inicialmente, cumpre observar que a Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000 foi interposta com fulcro no art. 176 do Regimento Interno desta Corte, que assim dispõe:

> Art. 176. A representação formulada por Conselho de Justiça, Juiz Federal da Justiça Militar ou advogado, ou pelo Ministério Público Militar, tendo por objeto matéria de interesse da Justiça Militar da União, será dirigida ao Presidente do Tribunal, que, após mandar autuá-la como Representação no Interesse da Justiça Militar, decidirá no âmbito de suas atribuições ou, se entender cabível, submetê-la-á à apreciação do Plenário.

Trata-se de dispositivo que define procedimentos referentes àquilo que consta no art. 6º, inciso I, alínea "i", da Lei 8.457/92 (Lei de Organização da JMU), *in verbis*:

> Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:
>
> I - processar e julgar originariamente:
>
> (...)
>
> i) a representação formulada pelo Ministério Público Militar, pelo Conselho de Justiça, por juiz federal da Justiça Militar, por juiz federal substituto da Justiça Militar, por advogado e por Comandantes de Força, no interesse da Justiça Militar;

No entanto, é imperioso verificar que, ainda que a então Requerente tenha denominado sua peça como "Representação Criminal no Interesse da Justiça Militar", os supracitados dispositivos – ao tratarem sobre a Representação no Interesse da Justiça Militar – se referem a questões administrativas da JMU, **e não criminais**.

Na verdade, **a Carta Magna limitou a competência criminal desta Justiça Especializada ao processamento e julgamento de crimes militares**, a serem definidos em lei (art. 124, *caput*, da CF). Por conseguinte, é considerado crime militar todo aquele com previsão expressa no Código Penal Militar, bem como na legislação comum, considerando a norma de extensão inserida no art. 9º, inciso II, do CPM, pela Lei nº 13.491/2017.

Ocorre que **as condutas noticiadas na Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000** (supostas práticas, por magistrados, de delitos previstos na Lei de Segurança Nacional) **não consistem em crime militar**. De fato, além de não estarem previstas no CPM, não se adequam a qualquer das hipóteses do art. 9º, inciso II, do referido diploma, que permitiriam entender como militar um crime previsto na legislação comum, o que afasta a competência da JMU.

Nessa toada, torna-se patente a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do art. 30 da Lei de Segurança Nacional, que afirma competir à Justiça Militar o processamento e o julgamento dos crimes previstos naquele diploma legal.

Tanto é assim que **o art. 109, inciso IV, da Lei Maior, afirma competir aos juízes federais processar e julgar** "**os crimes políticos** e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral" (grifo nosso). Uma leitura atenta permite perceber que a ressalva à competência da Justiça Militar se refere apenas à segunda parte do dispositivo, de modo que não há como se atribuir a esta Justiça Especializada a competência para o processamento e julgamento de crimes políticos, **como é o caso dos crimes contra a Segurança Nacional**.

Portanto, ao prever os citados arts. 124, *caput*, e 109, inciso IV, o Constituinte originário claramente retirou da Justiça Militar e passou para a Justiça Federal comum a competência para processar e julgar os crimes previstos na Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

Nesse sentido posiciona-se o Supremo Tribunal Federal, como demonstram os seguintes julgados, *in verbis*:

> EMENTA: CRIME POLÍTICO. COMPETÊNCIA. INTRODUÇÃO, NO TERRITÓRIO NACIONAL, DE MUNIÇÃO PRIVATIVA DAS FORÇAS ARMADAS, PRATICADO POR MILITAR DA RESERVA (ARTIGO 12 DA LSN). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO POLÍTICA: CRIME COMUM. PRELIMINARES DE COMPETÊNCIA: 1ª) Os juízes federais são competentes para processar e julgar os crimes políticos e o Supremo Tribunal Federal para julgar os mesmos crimes em segundo grau de jurisdição (CF, artigos 109, IV, e 102, II, b), a despeito do que dispõem os artigos 23, IV, e 6º, III, c, do Regimento Interno, cujas disposições não mais estão previstas na Constituição. 2ª) Incompetência da Justiça Militar: **a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe esta competência (artigo 124 e seu par. único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV).** 3ª) Se o paciente foi julgado por crime político em primeira instância, esta Corte é competente para o exame da apelação, ainda que reconheça inaplicável a Lei de Segurança Nacional. MÉRITO: 1. Como a Constituição não define crime político, cabe ao intérprete fazê-lo diante do caso concreto e da lei vigente. 2. **Só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/82)**, ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta esteja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política. Precedentes. 3. Recurso conhecido e provido, em parte, por seis votos contra cinco, para, assentada a natureza comum do crime, anular a sentença e determinar que outra seja prolatada, observado o Código Penal. (STF - Recurso Ordinário 1468, Relator p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno. Julgado em 23/3/2000. Publicado em 16/8/2002). (Grifos nossos.)
>
> EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE RESPONSÁVEL PELA IMPORTAÇÃO DE ARMAMENTO DE USO PRIVATIVO DAS FORÇAS ARMADAS, SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. **Configuração do ilícito do art. 12 da Lei nº 7.170/83 (que define os crimes contra a segurança nacional)**. Tipo penal que, contrariamente ao sustentado pelo impetrante, não se confunde com o do art. 334, *caput*, do Código Penal. **Competência do Juiz Federal para julgamento da ação, em primeiro grau, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Art. 109, IV, c/c o 102, I, i, e II, b, da Constituição Federal.** Prisão preventiva acertadamente decretada como garantia da ordem pública (art. 312, primeira parte, do CPP). Habeas corpus conhecido e indeferido. (STF - Habeas Corpus nº 74782, Relator Min.

> ILMAR GALVÃO, Primeira Turma. Julgado em 13/5/1997. Publicado em 27/6/1997). (Grifos nossos).

Outro não foi o entendimento desta Corte ao analisar a questão, *in verbis*:

> RECURSO INOMINADO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANTER EM DEPÓSITO ARMAMENTO OU MATERIAL MILITAR PRIVATIVO DAS FORÇAS ARMADAS. CRIME POLÍTICO PRATICADO POR CIVIL. ARTIGO 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL. EXISTÊNCIA DE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. PRETENSÃO MINISTERIAL NO SENTIDO DE QUE O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR SUSCITE O CONFLITO DE JURISDIÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, INCISO I, ALÍNEA "O", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CONJUGADO AO ART. 102 DO RISTM). I - Conflito de competência que tem origem em decisões monocráticas antagônicas, proferidas por Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Juíza-Auditora da Auditoria da 4ª CJM, acerca da competência para processar e julgar membros de quadrilha de traficantes pela prática do crime capitulado no parágrafo único do art. 12 da Lei de Segurança Nacional; II - Falece atribuição constitucional ao Ministério Público Militar para o oferecimento de denúncia por crime capitulado na Lei 7.170/83 - Lei de Segurança Nacional; III - A Lei de Segurança Nacional, em seus artigos 1º e 2º adota, respectivamente, a teoria objetiva e subjetiva de proteção ao bem jurídico tutelado. Desse modo, **todos os tipos penais descritos na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83) são crimes políticos objetivamente considerados e devem ser processados e julgados perante a Justiça Federal, *ex vi* do art. 109, IV, da Carta Magna**; IV - As Constituições brasileiras sempre delegaram à Justiça Federal, seja a Comum, seja a Militar, competência para julgar os crimes políticos, sendo que **a Constituição Federal de 1988, ao tratar da competência da Justiça Militar (art. 124), a restringiu para o processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei. Tais crimes têm definição no art. 9º do Código Penal Militar, que não inclui os crimes contra a segurança nacional. Via de conclusão, o art. 30 da Lei de Segurança Nacional não foi recepcionado pela nova ordem constitucional**; V - Recurso inominado recebido como Conflito Negativo de Competência e encaminhado ao Presidente deste Superior Tribunal Militar para a remessa dos autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, a quem cabe dirimir a *quaestio*. Decisão por maioria. (STM - Conflito de Competência nº 2004.02.000316-1. Relator para o Acórdão Min. Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA. Julgado em 9/9/2004. Publicado em 8/11/2004). (Grifos nossos).

Assim, está cristalino que **não é do Superior Tribunal Militar** – nem de qualquer outro órgão jurisdicional da Justiça Militar da União – **a competência para processar e julgar crimes políticos**, como é o caso dos delitos previstos na Lei de Segurança Nacional.

Da mesma forma, não compete a esta Justiça Especializada processar e julgar o outro delito noticiado, qual seja: o crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal comum. De fato, ao não se adequar às hipóteses previstas no art. 9º do CPM, essa suposta conduta não pode ser considerada crime militar, o que afasta a competência criminal da JMU, nos termos do que dispõe o art. 124, *caput*, da CF.

Ademais, não se pode perder de vista o que dispõem os arts. 96, inciso III, e 105, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal, i*n verbis*:

> Art. 96. **Compete privativamente**:
>
> (...)
>
> III - **aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios**, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.
>
> Art. 105. **Compete ao Superior Tribunal de Justiça**:
>
> I - **processar e julgar, originariamente**:
>
> a) **nos crimes comuns**, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, **os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal**, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; (Grifos nossos).

Portanto, a competência para processar e julgar Desembargadores de Tribunal de Justiça estadual e de Juízes de Direito da Justiça estadual acusados do cometimento de crime comum – como é o caso do crime de estelionato – não é, de forma alguma, da Justiça Militar.

Diante de tudo o que foi exposto, **falece a esta Corte competência para ordenar o processamento da Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000**, em que, como visto, se noticia o suposto cometimento, por Magistrados da Justiça Estadual de São Paulo, dos crimes previstos nos arts. 1º, *caput* e inciso II, 2º, *caput* e incisos I e II, e 17, *caput*, todos da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), bem como do crime previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal comum (estelionato).

Ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que superada essa questão da incompetência, não se pode perder de vista que:

1) os crimes atribuídos aos então Requeridos são de ação penal pública;

2) o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública;

3) o nosso ordenamento adota o sistema acusatório, que tem como uma de suas bases a necessidade de separação entre as funções de acusar e de julgar.

Portanto, **não é dado ao Judiciário determinar a abertura de procedimento investigatório** ou seu arquivamento, **sob pena de violação ao sistema acusatório e ao monopólio da ação penal pública conferida ao *Parquet***.

Observe-se, nesse sentido, o que afirmou o Ministro CELSO DE MELLO, em 20 de maio de 2020, ao, monocraticamente (após a oitiva do Procurador-Geral da República), negar seguimento à **Petição nº 8.803**, em que um Senador apresentava Notícia Crime contra o Presidente da República:

> Não se pode desconhecer que o monopólio da titularidade da ação penal pública pertence ao Ministério Público, que age, nessa condição, com exclusividade, em nome do Estado. A ordem normativa instaurada no Brasil em 1988, formalmente plasmada na vigente Constituição da República, outorgou ao "Parquet", entre as múltiplas e relevantes funções institucionais que lhe são inerentes, a de "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (CF, art. 129, inciso I - grifei), ressalvada a hipótese, que é excepcional, prevista no art. 5º, inciso LIX, da Carta Política.
>
> Essa cláusula de reserva, pertinente à titularidade da ação penal pública, apenas acentuou – desta vez no plano constitucional – a condição de "dominus litis" do Ministério Público, por ele sempre ostentada no regime anterior, não obstante as exceções legais então existentes.
>
> (...)
>
> Em consequência do monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, somente ao "Parquet" – e ao "Parquet" apenas – competem as prerrogativas de oferecer a denúncia e de propor o arquivamento de quaisquer peças de informação ou de inquérito policial, sempre que inviável a formação da "opinio delicti".
>
> Mais do que isso, é importante ter sempre presente que não compete ao Poder Judiciário, em anômala substituição ao órgão estatal de acusação, avaliar se os elementos de informação veiculados em "notitia criminis" revelam-se suficientes, ou não, para justificar a formação da "opinio delicti" pelo "Parquet" e para autorizar, em consequência, o

> oferecimento de denúncia, eis que "O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação da 'opinio delicti', separando a função de acusar daquela de julgar" (RHC 120.379/RO, Rel. Min. LUIZ FUX - grifei).
>
> De igual modo, é inviável a requisição judicial para a instauração quer de inquérito policial (CPP, art. 5º, II), quer de procedimento de investigação penal pelo próprio Ministério Público (RE 593.727/MG, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), pois, em tais singulares hipóteses, já se delineia o entendimento da impossibilidade constitucional de o magistrado (ou o Tribunal) ordenar a abertura de procedimento investigatório, não importando se "ex officio" ou mediante provocação de terceiro (o noticiante).
>
> Com efeito, doutrinadores eminentes (...) entendem que não mais subsiste, em face do sistema acusatório formalmente acolhido pelo vigente ordenamento constitucional, o poder de requisição judicial em tema de investigação criminal (...).
>
> (...)
>
> Fica evidente, assim, que o Poder Judiciário não dispõe de competência para ordenar, para induzir ou, até mesmo, para estimular o oferecimento de acusações penais pelo Ministério Público, pois tais providências, como as que se buscam nestes autos, importariam não só em clara ofensa a uma das mais expressivas funções institucionais do Ministério Público, a quem se conferiu, em sede de "persecutio criminis", o monopólio constitucional do poder de acusar, sempre que se tratar de ilícitos perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, mas, também, em vulneração explícita ao princípio acusatório, que tem no dogma da separação entre as funções de julgar e de acusar uma de suas projeções mais eloquentes (LUIGI FERRAJOLI, "Direito e Razão", traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, p. 91, 4ª ed., 2014, RT, v.g.).
>
> Vê-se, portanto, que se mostra inviável, em nosso sistema normativo, o acolhimento dos pleitos formulados pelos ora requerentes, pois, tratando-se de delitos perseguíveis mediante ação penal pública, não se mostra lícito ao Poder Judiciário determinar "ex officio" ou mediante provocação de terceiro (noticiante) a instauração de inquérito, o oferecimento de denúncia e a realização de diligências, sem o prévio requerimento do Ministério Público, consoante tem sido proclamado pela jurisprudência deste próprio Supremo Tribunal Federal (Inq 149/DF, Rel. Min. RAFAEL MAYER - Pet 2.998-AgR/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE - Pet 4.173-AgR/MG, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO - Pet 8.418-DF, Rel. Min, CELSO DE MELLO, v.g.) (...). (original com grifos).

Importante, ainda, verificar a atuação do Supremo Tribunal Federal em outro feito: a **Petição nº 8818**, também de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO. Tratava-se de Notícia Crime em que se informava suposto delito

cometido por ex-Ministro da Justiça. O Ministro Relator, antes mesmo de ouvir o Ministério Público, deixou de conhecer o requerimento formulado, tendo em vista a ausência de competência originária do STF para processar e julgar o então Noticiado, que não ostentava prerrogativa de foro perante a Corte Suprema. Argumentou, para tanto, o seguinte em sua Decisão:

> É de registrar-se, desde logo, que não há como determinar-se o processamento da "notitia criminis" em referência, pelo fato de o suposto autor da infração penal indicada em mencionada peça não ostentar prerrogativa de foro "ratione muneris" perante o Supremo Tribunal Federal, que não pode ser confundido com órgão de encaminhamento, a outras autoridades penais, de comunicações referentes a alegadas práticas delituosas supostamente cometidas por quem não consta do rol exaustivo inscrito no art. 102, I, alíneas "b" e "c", da Constituição da República, sendo insuscetível de invocação, no caso, a regra inscrita no art. 40 do CPP, ainda mais se se constatar que o noticiante em questão, como precedentemente assinalado, sequer produziu quaisquer peças e documentos cujo teor pudesse sugerir o cometimento de ilícito penal por parte daquele por ele nominado em sua "delatio criminis".
>
> Falece, pois, competência originária a esta Corte Suprema para ordenar o processamento da presente "notitia criminis".
>
> Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida –, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados em "numerus clausus" pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política (...).

Ademais, o Ministro CELSO DE MELLO aduziu que, mesmo que se pudesse superar a questão prévia concernente à falta de competência originária do STF, o requerimento apresentado pelo então Noticiante encontrava óbice no que já havia sido exposto na supracitada Decisão (Petição nº 8803), ou seja, na impossibilidade de o Poder Judiciário, arvorando-se na função atribuída exclusivamente ao Ministério Público, avaliar a viabilidade dos elementos de informação veiculados em Notícia Crime.

Contra essa Decisão proferida nos autos da Petição nº 8818, o então Noticiante interpôs Agravo Regimental, ao qual, em 10 de outubro de 2020, a Segunda Turma da Corte Suprema, por unanimidade, negou provimento, pelos mesmos motivos que já haviam sido expostos monocraticamente pelo Relator. O Acórdão foi assim ementado:

> EMENTA: "NOTITIA CRIMINIS" DEDUZIDA EM FACE DE PESSOA QUE NÃO OSTENTA PRERROGATIVA DE FORO "RATIONE MUNERIS" NESTA SUPREMA CORTE - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INAPLICABILIDADE DA REGRA INSCRITA NO ART. 40 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
>
> - Não há como determinar-se o processamento da "notitia criminis" quando o suposto autor da infração penal indicada em mencionada peça não ostentar prerrogativa de foro "ratione muneris" perante o Supremo Tribunal Federal, que não pode ser confundido com órgão de encaminhamento, a outras autoridades penais, de comunicações referentes a alegadas práticas delituosas supostamente cometidas por quem não consta do rol exaustivo inscrito no art. 102, I, alíneas "b" e "c", da Constituição da República, sendo insuscetível de invocação, no caso, a regra inscrita no art. 40 do CPP, ainda mais se se constatar que o noticiante sequer produziu quaisquer peças e documentos cujo teor pudesse sugerir o cometimento de ilícito penal por parte daquele por ele nominado em sua "delatio criminis".
>
> A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.
>
> - A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida –, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em "numerus clausus", pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.
>
> Precedentes.

No mesmo sentido foi a Decisão monocrática proferida pelo Ministro GILMAR MENDES nos autos da **Petição nº 8479**, em 18 de novembro de 2020. Tratava-se de Notícia Crime em que se informava suposto delito cometido por um Deputado Federal. Por entender não competir ao STF – mas à PGR – a iniciativa para processar e investigar notícias de crimes envolvendo autoridades que possuem prerrogativa de foro naquela Corte, o referido Relator, sem ouvir o Ministério Público, determinou o arquivamento dos autos e afirmou que os requerentes poderiam comunicar a PGR para que adotasse as providências cabíveis, se entendessem ser o caso.

Portanto, dúvida não há de que não compete ao Judiciário receber Notícia Crime para, em seguida, encaminhá-la ao Ministério Público. De fato,

em um sistema em que a iniciativa da ação penal pública é privativa do *Parquet*, não se justifica que a autoridade judiciária seja provocada para ser intermediadora do encaminhamento de uma notícia ao referido Órgão. Na verdade, ao se prestar a esse papel, o Judiciário corre o risco de que seu encaminhamento seja entendido como uma subscrição do requerimento a ele apresentado, o que enfraquece as bases do sistema acusatório.

No presente caso, no entanto, a inviabilidade do processamento da Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000 já é verificada de plano, antes mesmo de ser necessário se debruçar sobre essa impossibilidade de o Judiciário ser destinatário de Notícias Crime.

De fato, como visto, o Superior Tribunal Militar é absolutamente incompetente para processar e julgar os então Requeridos – Magistrados da Justiça Estadual de São Paulo – pelo suposto cometimento de crimes contra a Segurança Nacional e de crime de estelionato, sendo, por conseguinte, incompetente para processar a referida Notícia Crime.

Assim, diante de toda essa exaustiva explicação, mostram-se descabidos os argumentos ora lançados pela Defesa da Agravante, não sendo suficientes para alterar em nada o que já foi didaticamente afirmado no bojo da Decisão agravada. Na verdade, o presente e extenso Agravo consiste em uma infeliz tentativa do Advogado de reverter o erro crasso que cometeu ao apresentar a referida Notícia Crime perante esta Corte, desperdiçando tempo e recursos de sua assistida e dando-lhe esperanças completamente despropositadas.

Por todo o exposto, conheço e não acolho o Agravo Interno interposto pela Defesa de MARIA AUXILIADORA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA para manter inalterada a Decisão que, com fundamento no art. 13, inciso V, do Regimento Interno do STM, negou seguimento à Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000, por se tratar de pedido manifestamente estranho à competência deste Tribunal, e, por conseguinte, determinou seu arquivamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e não acolher o Agravo Interno interposto pela Defesa de Maria Auxiliadora Figueiredo de Oliveira

para manter inalterada a Decisão que, com fundamento no art. 13, inciso V, do Regimento Interno do STM, negou seguimento à Notícia Crime nº 7000898-03.2020.7.00.0000, por se tratar de pedido manifestamente estranho à competência deste Tribunal, e, por conseguinte, determinou seu arquivamento.

Brasília, 8 de abril de 2021 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

Apelação

APELAÇÃO Nº 7000456-37.2020.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Revisor: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Apelantes: Ministério Público Militar e Carlos Henrique Alves dos Santos.

Apelados: Ministério Público Militar e Carlos Henrique Alves dos Santos.

Advogado: Marco Antônio de Souza Maia (OAB: RJ74239).

EMENTA

APELAÇÕES. MPM E DEFESA CONSTITUÍDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONTRA MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS. TENTATIVA. OPERAÇÃO DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM. RECURSO DA ACUSAÇÃO. GRAVIDADE ACENTUADA DA CONDUTA. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. INTENSIDADE DO DOLO. EXTENSÃO OU PERIGO DE DANO. MEIOS EMPREGADOS. MOTIVOS DETERMINANTES. AUSÊNCIA DE ARREPENDIMENTO. CONCURSO FORMAL. ELEVAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO POR MAIORIA. APELO DA DEFESA. ELEVAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO POR MAIORIA. APELO DA DEFESA. NEGATIVA DE AUTORIA. DEPOIMENTOS COMBINADOS. *IN DUBIO PRO REO*. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

1. O homicídio qualificado, tentado ou consumado, contra os integrantes das Forças Armadas que estejam no exercício da função ou em decorrência dela, como nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), não encontra previsão no CPM. Por essa razão, prevalecerá o crime militar por extensão tipificado no art. 121, § 2º, inciso VII, do CP.

2. O delito em questão, pela sua gravidade acentuada, exige a imposição de severa sanção penal, de modo a estabelecer reprimenda justa e proporcional.

3. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, previstas no art. 69 do CPM, resulta, por decorrência lógica, na inviabilidade do estabelecimento da pena-base no patamar mínimo.

4. O concurso formal de crimes caracteriza-se pela conduta única e a multiplicidade de resultados, em um mesmo contexto espacial e temporal.

5. A JMU, na missão constitucional de tutelar a *ultima ratio* do Estado, exerce, com maior firmeza, a repressão geral e especial contra a tentativa de ceifar a vida de militares empregados em Operações de GLO. Nessa hipótese, além do crime contra a vida dos militares, o grave delito foi desferido contra a própria presença do Estado.

6. Condenação mantida. Pena elevada. Provimento parcial do recurso do Ministério Público Militar. Decisão por maioria.

7. Argumentos como negativa de autoria, depoimentos combinados de testemunhas de acusação e existência de dúvida são insuficientes para absolver o réu, quando estiverem nitidamente contrários às provas dos autos. Apelação da Defesa não provida. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, deu provimento parcial ao Apelo Ministerial para, mantendo a condenação prolatada na Sentença, fixar a pena imposta ao réu Carlos Henrique Alves dos Santos em 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso VII, c/c o art. 70, ambos do Código Penal Brasileiro, bem como com o art. 30, inciso II, do CPM. Em decorrência, deixou de conceder ao Recorrente/Recorrido o benefício do *sursis*, em face da vedação do art. 84 do CPM e fixou o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, com base no art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal Brasileiro. E, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo da Defesa, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Antônio de Farias. O Ministro José Coêlho Ferreira negava provimento ao Apelo do Ministério Público Militar e mantinha inalterada a r. Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, e fará declaração de voto.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 22/4/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas pelo Ministério Público Militar (MPM) e pela Defesa constituída do civil **CARLOS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS**, condenado à pena de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, como incurso no crime de homicídio qualificado, na forma tentada, por 3 (três) vezes (art. 121, § 2º, inciso VII, do CP comum, c/c o art. 30, inciso II, do CPM, e art. 70 do CP comum), com o direito de recorrer em liberdade e com a fixação do regime prisional inicialmente semiaberto.

A Denúncia foi oferecida em 4.10.2018 (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 1, doc. DENUNCIA-1) e recebida em 10.10.2018 (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 1, doc. REC_DENUNCIA2), tendo narrado os fatos da seguinte forma, *in verbis*:

> (...) No dia 15 de setembro de 2018, por volta das 16h00min, o denunciado, livre e conscientemente, com intenção de matar os três militares que compunham uma guarnição do 5º BIL que patrulhava a região de Maringá, no município de Belford Roxo/RJ, disparou diversos tiros de fuzil de calibre por enquanto desconhecido em direção à viatura em que os militares se encontravam, não logrando êxito em atingir nenhum deles por fatores alheios à vontade do denunciado, malgrado o veículo tenha sido atingido na parte frontal (duas fotografias constantes do item 2 do evento 1 e depoimentos no corpo do APF, no item 1 do evento 1, tudo constante dos autos no e-Proc).
>
> Nos autos, consta que a viatura onde se encontravam o 3º Sgt PAULO CÉSAR DE ALMEIDA BATISTA, o Cb WILLIAN DE OLIVEIRA PEREIRA e o Sd JEAN CARLOS GOMES RIBEIRO se encontrava em patrulhamento na Rua Ana Cristina, em frente ao número 12, na região de Maringá, no município de Belford Roxo/RJ, quando se depararam com três indivíduos armados, sendo dois em uma motocicleta e um a pé. O denunciado estava na motocicleta e armado de fuzil, enquanto os demais portavam pistolas. Ao avistar os militares, o denunciado desembarcou da motocicleta e se evadiu do local efetuando disparos em direção à tropa, visando atingir os três ofendidos. Ato contínuo, os militares se abrigaram e responderam à injusta agressão, tendo o denunciado sido atingido. Em seguida, os três indivíduos se evadiram, sendo que o denunciado, ferido, rastejou por um beco até uma região de mata localizada atrás de uma residência.

> Após o confronto, os militares iniciaram busca nas redondezas com a finalidade de encontrar os três indivíduos – especialmente o denunciado – e os armamentos por eles empregados. Quando as buscas se estenderam para os hospitais da região (o denunciado estava ferido e certamente seria atendido em alguma emergência), a guarnição recebeu a notícia de que havia um indivíduo sendo atendido no Hospital Adão Pereira Nunes, em Duque de Caxias/RJ, por ter sido atingido por PAF (projetil de arma de fogo). Ato contínuo se dirigiram até o referido nosocômio e então os ofendidos reconheceram o denunciado como autor dos disparos de fuzil em direção à tropa.
>
> Os fatos também foram narrados de forma convergente nos depoimentos dos três ofendidos. O primeiro ofendido e condutor do APF, 3º Sgt PAULO CÉSAR DE ALMEIDA BATISTA, revelou que a distância entre ele e o denunciado por ocasião da troca de tiros se situava entre cinco e dez metros, o que, associado ao horário (parte da tarde e com boa luminosidade), demonstra que o reconhecimento feito no hospital é coerente e suficiente para apontar a autoria. Esse reconhecimento foi realizado pelos três ofendidos, conforme se verifica em seus depoimentos.
>
> O dolo restou totalmente caracterizado, eis que o denunciado disparou em direção à guarnição do 5º BIL com intenção de matar os três ofendidos e portando arma de fogo de alto poder vulnerante, não obtendo sucesso por fatores alheios à sua vontade.
>
> Em sendo assim, por ter livre e conscientemente, com intenção de matar, disparado tiros de fuzil em direção aos três ofendidos, militares do Exército Brasileiro em atividade de natureza militar, não obtendo sucesso por fatores alheios à sua vontade, o denunciado, CARLOS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS, incorreu no delito previsto no art. 121, § 2º, VII do Código Penal c/c o art. 9º, II e III, "d", do Código Penal Militar, com a redação da Lei 13.491/2017, por três vezes, em concurso material, na forma do art. 79, também do Código Penal Militar. (...).

Os fatos foram documentados no APF nº 7000661-07.2018.7.01.0001 (Processo relacionado), que serviu de base à propositura da APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001.

Os autos estão instruídos com os seguintes documentos:

- Auto de Prisão em Flagrante (Processo Relacionado: APF nº 7000661-07.2018.7.01.0001, evento 1, docs. 1/3 e Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 47, doc. 1 - DILIGENCIAS1);

- Registro de Ocorrência nº 054-09210/2018 (recambiamento de preso civil por crime militar), feito na 54ª Delegacia de Polícia, em Belford Roxo-RJ (Processo Relacionado: APF nº 7000661-07.2018.7.01.0001, evento 24, fls. 6/10);

- Audiência de Custódia, homologação da prisão em flagrante e conversão em prisão preventiva pelo CPJEx (Processo Relacionado: APF nº 7000661-07.2018.7.01.0001, evento 34 - DEC1 - Termo de Audiência de Custódia);

- Pareceres Técnicos (PT) Nº 005, 006 e 007/2018 - Fuzis de Assalto 5,56mm IA2, do Exército (Processo Relacionado: APF nº 7000661-07.2018.7.01.0001, evento 35, docs. 01/02);

- Habeas Corpus impetrado pela DPU, em favor de Carlos Henrique Alves dos Santos (Processo Relacionado: HC nº 7000773-06.2018.7.00.0000, Rel. Min Álvaro Luiz Pinto);

- Boletim de Atendimento Médico do acusado no Hospital Municipal Albert Schweitzer, bairro Realengo, cidade do Rio de Janeiro-RJ (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 13, fls. 3/4);

- Declarações abonatórias em favor do acusado (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 19, docs. 9 e 11, - COMP9 e - COMP11, respectivamente);

- Boletim Interno nº 165/2018, do 5º Batalhão de Infantaria Leve (5º BIL) - Escala de Serviço (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 47, doc. 02 - DILIGENCIAS2);

- Inquirição dos 3 (três) ofendidos - 3º Sgt Paulo César de Almeida Batista (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 45, vídeos 1/5), Cb William de Oliveira Ferreira (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 45, vídeos 6/8) e Sd Jean Carlos Gomes Ribeiro (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 45, vídeos 9/11);

- Inquirição de 1 (uma) testemunha arrolada pelo MPM - 1º Ten Gerson Fernandes Tudisco Junior (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 45, vídeos 12/14); e

- Inquirição de 3 (três) testemunhas arroladas pela Defesa - Aline da Silva Santos (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 96, vídeos 1/2), Jéssica Laís Almeida dos Reis (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 96, vídeos 3/4), e Rildo da Silva Moura (Processo Relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 134, vídeo 1).

A citação foi efetuada em 23.10.2018 (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, Evento 14).

Na Sessão realizada em 14.11.2018, presente o réu, os ofendidos foram ouvidos (3º Sgt PAULO CESAR DE ALMEIDA BATISTA, Cb WILLIAN DE OLIVEIRA FERREIRA e Sd JEAN CARLOS GOMES RIBEIRO), bem como a

testemunha 1º Ten GERSON FERNANDES TUDISCO JUNIOR, cujos depoimentos estão registrados em sistema audiovisual (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 45).

No mesmo ato processual supracitado, após a manifestação das partes, a Magistrada manteve a prisão preventiva do réu, a qual foi decretada por ocasião da Audiência de Custódia, com base no art. 254, alíneas "a" e "b", c/c o art. 255, alíneas "a" e "d", ambos do CPPM (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 44 - ATA1).

Em 4.4.2019, as inquirições das testemunhas de defesa foram realizadas (ALINE SILVA SANTOS, JÉSSICA LAÍS ALMEIDA DOS REIS e RILDO DA SILVA MOURA), bem como ocorreu o interrogatório. As declarações do réu não foram registradas pelo sistema audiovisual por estarem corrompidas, sendo impossível a sua juntada e a reprodução nos autos, conforme Certidão (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 80).

Na mesma Sessão acima referida, a prisão preventiva do réu foi revogada, sendo posto em liberdade ainda naquela data, por força do cumprimento do Alvará de Soltura nº 27/2019 (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 82, Doc2 - ALVSOLTURA2).

Na fase do art. 427 do CPPM, o *Parquet* requereu a intimação da Defesa para que, se assim desejasse, fizesse a juntada das certidões de nascimento dos filhos menores do réu, da documentação de propriedade da motocicleta utilizada no dia dos fatos e da sua Carteira Nacional de Habilitação (CNH) (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 138).

A Defesa, por sua vez, requereu a realização de exame pericial residuográfico para averiguar se haveria vestígios de pólvora, provenientes de disparos de armas de fogo, nas mãos do réu (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 150).

O pedido da Defesa foi indeferido, por Despacho judicial que concluiu pela inocuidade da prova pretendida, em virtude da passagem demasiada de tempo em relação ao dia dos fatos (Processo relacionado APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 152).

Finalizada a instrução criminal, o MPM, em Alegações Escritas, requereu a condenação do réu pela prática do crime de homicídio qualificado, na modalidade tentada, contra membros das Forças Armadas atuantes em operação de Garantia da Lei e da Ordem, com o reconhecimento de concurso material, por 3 (três) vezes, confirmando a imputação inserta na Denúncia (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 156).

Por sua vez, a Defesa requereu, em suas Alegações, a absolvição do réu. Afirmou existirem contradições nos depoimentos das testemunhas de acusação e pontuou por maior credibilidade para o que foi dito pelas testemunhas da Defesa. Na sua ótica, em razão de não haver prova suficiente para a condenação, mencionou o brocardo "in dubio pro reo", e requereu a absolvição com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM. Subsidiariamente, em caso de eventual condenação, postulou pela aplicação da pena mínima (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 175).

Como informação acessória, o réu era maior de 21 (vinte e um) anos de idade em 15.9.2018 (dia dos fatos), pois nasceu em 14.10.1993. Inexiste registro de que possuía antecedentes policiais ou judiciais. Ficou preso, provisoriamente, por 6 (seis) meses e 18 (dezoito) dias.

Em Despacho saneador, na fase do art. 430 do CPPM, o Juiz "a quo" considerou o presente feito devidamente preparado. (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 178).

No julgamento, realizado em 15.6.2020, o Magistrado condenou o civil CARLOS HENRIQUE à pena de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, como incurso no crime de homicídio qualificado, na forma tentada, por 3 (três) vezes (art. 121, § 2º, inciso VII, do CP comum, c/c o art. 30, inciso II, do CPM, e art. 70 do CP comum), com o direito de recorrer em liberdade e com a fixação do regime prisional inicial semiaberto.

Após a leitura em pública audiência, a Sentença foi disponibilizada no Sistema e-Proc, na mesma data supracitada (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, evento 187).

Inconformado com a Sentença, o MPM interpôs Recurso de Apelação (evento 1, doc. 2).

Nas suas Razões Recursais, o *Parquet* pleiteia a reforma da Sentença, para fixar, na primeira fase da dosimetria, a pena-base aplicada ao réu em patamar acima do mínimo legal, considerando as circunstâncias do art. 69 do CPM. Para além, requer o reparo na parte final do cálculo da pena, por suposto erro na aplicação da fração referente ao crime tentado.

Afirma, ainda, que houve concurso material e não formal e, consequentemente, com a alteração da pena pleiteada, o regime inicial para o seu cumprimento deverá ser corrigido (evento 1, doc 3).

A Defesa constituída também interpôs Apelação, na qual requer o provimento do Recurso com a reforma da Sentença para fins de absolvição fundamentada no art. 439, alínea "e", do CPPM (evento 1, doc. 4).

O Juiz Federal Substituto da JMU prolator da Sentença exarou Decisão de recebimento de ambos os recursos, bem como, embora inexista previsão de Embargos de Declaração contra a Sentença na Justiça Militar da União (JMU), ratificou a pena imposta, com o detalhamento do cálculo executado (evento 1, doc. 5).

Em Contrarrazões, o MPM requer a manutenção da condenação, em consonância com a prova dos autos (evento 1, doc. 6).

A Defesa, em suas Contrarrazões, requer o não provimento do Apelo do MPM (evento 1, doc.7).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em Parecer da lavra do Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, manifestou-se pelo conhecimento de ambos os apelos, por satisfazerem os requisitos legais. No mérito, opinou pelo não provimento do Apelo defensivo e provimento parcial do MPM, para que, mantida a condenação do civil Carlos Henrique Alves dos Santos, pela prática do crime de homicídio qualificado, na forma tentada, por 3 (três) vezes, em concurso formal (art. 121, § 2º, inciso VII, do CP comum, c/c o art. 30, inciso II, do CPM, e art. 70 do CP comum), a pena seja aumentada, com a fixação do regime prisional fechado para o início do seu cumprimento (evento 6, doc. 1-PAREC_MP).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

As presentes Apelações do MPM e da Defesa constituída do réu Carlos Henrique Alves dos Santos preenchem os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecidas.

Inexistem questões preliminares a serem analisadas, razão pela qual se passa ao exame do mérito de ambos os recursos.

MÉRITO

No mérito, **a Apelação Defensiva não merece provimento e a Ministerial deve ser julgada parcialmente procedente**.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Trata-se de Recursos de Apelação, mediante os quais a Defesa e o MPM insurgem-se em relação à Sentença condenatória, que condenou o réu à pena de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, como incurso no art. 121, § 2º, inciso VII, do Código Penal Brasileiro (CP), c/c o art. 30, inciso II, do CPM (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018. 7.01.0001, Evento 187, arquivo - SENT1).

1.1 SOBRE A CAPITULAÇÃO DO TIPO PENAL

Consigna-se que a capitulação feita pelo MPM no art. 121, § 2º, inciso VII, do CP, em detrimento do art. 205, § 2º, do CPM, não merece reparo.

No polo passivo do ilícito, figuravam militares federais no exercício de suas funções em Operação de Garantia da Lei e da Ordem.

Assim, o art. 121, § 2º, inciso VII (com redação introduzida pela Lei nº 13.142/15), do CP prevalece como norma especial em relação às hipóteses gerais descritas no art. 205, § 2º, do CPM.

A Lei nº 13.491/17 alterou os incisos II e III do art. 9º do CPM, atraindo os nominados delitos por extensão ou equiparação para o universo dos crimes militares.

Nessa base, a indicação do tipo penal do CP mostra-se exata, pois atende ao Princípio da Especialidade, considerando a inexistência de qualificadora semelhante no art. 205, § 2º, do CPM.

Caso houvesse essa qualificadora no art. 205, § 2º, do CPM, ela **prevaleceria em relação à prevista no art. 121, § 2º, inciso VII, do CP, como tenho frequentemente destacado em outros julgamentos semelhantes.**

Nesse sentido, compare-se o art. 205, § 2º, do CPM com o art. 121, § 2º, inciso VII, do CP:

> **Homicídio simples**
>
> **Art. 205. Matar alguém:**
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...)
>
> **Homicídio qualificado**
>
> § 2º Se o homicídio é cometido (NENHUM DOS INCISOS SEGUINTES SE ENQUADRA NO PRESENTE CASO):
>
> I - por motivo fútil;
>
> II - mediante paga ou promessa de recompensa, por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais, ou por outro motivo torpe;
>
> III - com emprego de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
>
> IV - à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima;
>
> V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
>
> VI - prevalecendo-se o agente da situação de serviço:
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

> **Art. 121. Matar alguém:**
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...)
>
> **Homicídio qualificado**
>
> **§ 2º Se o homicídio é cometido:**
>
> (...)
>
> **VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal (...):** (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)
>
> (...)
>
> **Pena - reclusão, de doze a trinta anos.**
>
> (...) (grifos acrescidos).

Noutras palavras, como o homicídio tentado ou consumado contra os integrantes das Forças Armadas não está qualificado no CPM, a subsunção do fato a crime militar por extensão no art. 121, § 2º, inciso VII, do CP prevalece.

1.2 DA ANÁLISE DA CONDUTA DELITIVA

A análise reside no crime de homicídio, na forma tentada, perpetrado por réu civil contra 3 (três) militares do 5º Batalhão de Infantaria Leve (5º BIL). As vítimas em segundo grau patrulhavam a localidade de Maringá (Belford Roxo/RJ), durante a execução da Operação Furacão na Baixada (Operação de Garantia da Lei e da Ordem), na tarde de 15.9.2018, conforme a Denúncia descreve (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, Evento 1, arquivo -DENUNCIA1).

A versão do réu, perante a Primeira Instância, mostrou-se inverossímil. Não comprovou a sua tese de negativa de autoria, pois, após ter sido baleado, foi reconhecido pelos 3 (três) ofendidos no Hospital. Além disso, a prova dos autos demonstra que Carlos Henrique Alves dos Santos era o "carona" da motocicleta e estava armado de fuzil; e não o piloto, como a Defesa afirmou.

Assim, a hipótese aventada pela Defesa de o crime ter sido praticado por outrem distanciou-se da verdade, segundo, inclusive, a própria fundamentação da Sentença condenatória.

O MPM, por sua vez, questionou o *quantum* da pena imposta. Conforme afirma, pela análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM, a sanção deveria ter sido mais rigorosa.

Para além, o *Parquet* Castrense argumenta que incide, na hipótese dos autos, o concurso material de crimes, e não o formal, bem como aponta suposto erro judicial no cálculo da pena.

2. DOS ARGUMENTOS DA DEFESA

2.1 Negativa de autoria

A Defesa afirma, como principal argumento, que inexiste certeza sobre a autoria do crime.

A Defesa reconhece que o réu teria estado no local do confronto, foi baleado e, depois, compareceu no Hospital. Todavia, alega que tão somente conduziu a motocicleta, fruto de coação supostamente exercida por outros criminosos para os transportar.

O argumento é absolutamente inverossímil!

O réu era o carona da motocicleta e estava armado de fuzil.

Havia duas pessoas na moto (piloto e carona) e um terceiro a pé. Ao se depararem com a Patrulha numa esquina, o elemento a pé correu em fuga, enquanto o carona saltou da moto (armado de fuzil) e iniciou o confronto. O terceiro delinquente evadiu-se do local, sempre pilotando a moto.

Essa dinâmica dos fatos foi comprovada nos trechos dos depoimentos, os quais estão sintetizados na Sentença (Processo relacionado (APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, Evento 187, doc -SENT1), *in verbis*:

> (...) O primeiro ofendido, 3º Sgt **PAULO CESAR DE ALMEIDA BATISTA**, afirmou, em resumo, (...) que estavam realizando o patrulhamento na parte mais alta da região; que nessa esquina uma encruzilhada de encontro de ruas a primeira viatura do Comandante chefe se encontrou com (3) três elementos;(...) que o piloto da moto encontrava-se com uma pistola, o garupa da moto com um fuzil para o alto e um elemento a pé do lado esquerdo da moto de pistola; (...) o elemento a pé voltou correndo para a mesma rua que descia, o piloto da moto acelerou em fuga e **o garupa de fuzil pulou da moto, e nesse momento começou a correr e disparar o fuzil em direção à viatura militar**; que como chefe de viatura que estava mais exposto em uma distância pequena, comecei a responder os "fogos" para cessar a ameaça; que o elemento de fuzil então correu disparando, a gente revidando, **até o momento que vimos que ele foi baleado**; que pararam de atirar porque cessou a ameaça; que após ele ser baleado, ainda conseguiu levantar e pulou em um beco, (...) **que chegou ao conhecimento de um suspeito, que batia com as informações enviadas pela gente**; que a partir daí o pelotão como um todo se deslocou par ao hospital; **que chegando lá ele estava em uma maca no corredor, nós reconhecemos, porque o contato foi muito próximo, então deu para realmente ver o rosto dos (3) três elementos**; que não tinha como confundir; que foi bem perto, de (5) cinco a (10) dez metros; (...) o elemento que estava pilotando a moto (careca branco), ele conseguiu fugir com a moto, o garupa que no caso disparou contra a tropa ele pulou e foi a pé, mas o

> piloto acelerou mais forte, fez um zigue-zague querendo descer à direita, mas voltou e fugiu para uma rua à esquerda (...) (evento 45, vídeos 1/5).
>
> O segundo ofendido, Cb **WILLIAN DE OLIVEIRA PEREIRA**, disse, em resumo, que (...) **avistaram (3) três elementos armados, o que estava dirigindo a motocicleta de pistola, o que estava na traseira de fuzil e o que estava a pé estava de pistola**; **que esse elemento que estava de fuzil desceu da moto, executando tiro contra a tropa**; (...) **que quando ele atirou e a gente atirou de volta, ele saiu meio que rastejando**; (...) **que foram fazer o reconhecimento para ver se era o elemento que foi atingido, que foi rastejando atrás da casa no mato; que foi lá (no hospital) e registrou que era ele mesmo**; que a distância que estavam da motocicleta e do indivíduo era de (5) cinco e (10) dez metros; que o acusado desembarcou da moto com o fuzil; que o piloto da moto e o outro se evadiram do local; que estavam sem capacetes; **que reconheceu o acusado como sendo o indivíduo que estava com o fuzil; que para mim era um M4 preto; que a viatura em que estava foi atingida pelo disparo**; perguntado pela defesa se conseguia identificar os outros indivíduos, respondeu o que estava pilotando a moto era um careca gordo, e o que se evadiu correndo era um "magrelinho" moreno (...) (evento 45, vídeos 6/8).
>
> O terceiro ofendido, Sd **JEAN CARLOS GOMES RIBEIRO**, declarou (...) **que deram de cara com os (3) três elementos**; que tinha (2) dois que estavam com pistola, e (1) um com fuzil; **que foi no susto ele atirou contra a tropa,** e a gente revidou e atirou para segurança nossa para poder se abrigar; que depois disso ele correu, conseguiu correr; (...) **que nisso receberam a notícia que tinha um cara alvejado**; (...) que foram lá (no hospital) para ver se era ele, e era ele; que estava na mesma viatura do Sargento PAULO CESAR e do CABO WILLIAN PEREIRA; que a distância entre os (3) três elementos erade (10) dez a (5) cinco metros; que o acusado estava na garupa da moto; depois que os (3) três foram avistados pelos militares e iniciou o confronto o que estava pilotando a moto conseguiu fugir em direção frontal, o outro em direção da trilha que tinha na mata, o outro foi atingido, conseguiu rastejar para trás da casa lá onde tinha mato (...) (evento 45, vídeos 9/11). (grifos acrescidos).

A Defesa, inusitadamente, sugere que o réu não praticou o crime. Por consequência, sem nenhuma conexão com as provas, supõe que os militares mentiram, situação na qual todos teriam praticado o delito de denunciação caluniosa.

Inexiste, nos autos, o menor indício de haver quaisquer razões para que os militares das Forças Armadas apontassem, em grupo, falsa e dolosamente a autoria do crime ao réu.

Acreditar em tal hipótese seria conceber a falência das instituições que gozam de prestígio inegável junto à população, por sua irretocável conduta, comumente norteada em princípios éticos e morais inafastáveis.

Com base no Princípio da Presunção de Legitimidade, afirma-se que os militares do Exército Brasileiro, embarcados na viatura alvejada pelo réu, assim como os demais integrantes das Forças Armadas, primam pela verdade.

Some-se que, no meio militar, a mentira, a depender da conduta, pode ser punida como infração disciplinar ou crime.

Por tudo isso, a tese defensiva não merece guarida. Ademais, **o réu foi reconhecido no Hospital pelos 3 (três) militares ofendidos**, conforme os depoimentos constantes dos autos (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, Evento 45, vídeos 01/05, 06/08 e 09/11).

As vítimas afirmaram que a distância entre eles e o réu no confronto foi entre **5** (cinco) e **10** (dez) metros.

Os fatos ocorreram no final da tarde, ainda com iluminação natural, fator que praticamente extingue a chance de erro de reconhecimento facial.

Acrescente-se que o réu, quando encontrado no Hospital, estava ferido por projetil de arma de fogo, com lesões condizentes ao confronto descrito pelos ofendidos.

Se o réu estivesse pilotando a motocicleta, como afirmou a Defesa, não conseguiria atirar de fuzil – arma de uso restrito das Forças Armadas – muito menos mirando para a retaguarda, contra a viatura militar e os seus ocupantes, com o objetivo de ceifar as suas vidas.

Aliás, se o réu fosse apenas o piloto inocente da motocicleta, e estivesse sendo coagido por bandidos, não teria razão para empreender fuga após os criminosos terem escapado da captura. Naturalmente, teria pedido ajuda para as Forças Federais, e não se ocultado.

Em verdade, o réu estava na garupa da motocicleta armado de fuzil e, ao avistar as tropas federais, iniciou o conflito, tendo sido baleado mediante o revide natural e legal dos militares.

As evidências mostram que a versão apresentada pela Defesa é absolutamente fantasiosa, padecendo de insolúveis contradições. Por exemplo, o réu afirmou em seu depoimento que, após ter sido baleado, "não conseguia ficar em pé", mas teria rastejado e pulado um muro de uma casa para se ocultar (Processo relacionado: APM nº 7000756-37.2018.7.01.0001, Evento 134, arquivo -VIDEO2).

O suposto proprietário dessa casa não foi ouvido como testemunha, porque a Defesa não apontou o endereço ou o mínimo referencial capaz de lastrear a versão construída pelo réu.

Por óbvio, o argumento não merece acolhimento.

2.2 Depoimentos combinados entre os ofendidos

A Defesa apontou haver indícios de depoimentos combinados entre os militares ofendidos, pelo fato de terem descrito distâncias semelhantes para o confronto.

Tal afirmação merece repúdio veemente.

A similitude do cenário fático descrito pelos militares fortalece a credibilidade da versão apresentada, e não o contrário.

Fosse válido o argumento defensivo, haveria motivos para se desconfiar de todos os processos nos quais eventuais depoimentos contivessem dados congruentes.

A toda evidência, a tese é frágil, porque visa inverter o valor probatório, retirando a credibilidade da instrução testemunhal colhida em Juízo.

O cenário hostil e tenso não serve, de plano, para afetar o que foi dito pelos militares.

Vale lembrar que os militares passam por treinamento especializado, visando ao desempenho de excelência nas missões de Garantia da Lei e da Ordem.

Nessa senda, estão preparados para esse tipo de missão, razão pela qual o calor das atividades não lhes retira o equilíbrio, tampouco invalida os depoimentos relativos às suas ações.

O argumento ficou esvaziado, pois a alegação de "combinação de depoimentos" está desacompanhada de quaisquer provas ou mesmo de parcos indícios que pudessem minimamente demonstrá-la.

Aliás, esse estratagema utilizado pela Defesa assemelha-se à Teoria do Negativismo, tão pronunciada nos dias atuais.

Trata-se de atacar e de destruir a argumentação sólida e coerente que lhe é contrária, ao invés de comprovar a sua própria versão mediante a apresentação de provas concretas e consistentes.

Ao que parece, no presente caso, a Defesa teria se utilizado do referido estratagema para inocentar o réu, devido à inexistência de outras provas materiais aptas a respaldar as suas alegações.

Dessa forma, a alegação é inconsistente.

2.3 Ausência de apreensão do armamento

Consta nas razões de Recurso que não houve a apreensão de fuzil com o réu.

Essa alegação não afasta a autoria.

A ação do réu encontra-se bem sedimentada no conjunto probatório constante dos autos, em especial na prova testemunhal já abordada no tópico anterior.

Como o réu foi baleado e empreendeu fuga, naturalmente que se desvencilhou ou ocultou o armamento em local desconhecido, podendo, até mesmo, tê-lo repassado para outrem, no intuito de manter a sua posse e dificultar a coleta de provas.

Registre-se que raramente o criminoso, após ser baleado e empreender fuga, resta capturado com a arma utilizada para combater as Forças do Estado.

Por conseguinte, a ausência de apreensão do armamento não afasta a autoria do crime, a qual está muito bem alicerçada em coesa prova testemunhal.

A materialidade, embora o armamento não tenha sido apreendido, ficou bem caracterizada. O exame pericial identificou, na parte frontal da viatura alvejada, os impactos provocados por disparos de fuzil (Processo relacionado: APM nº 7000661-07.2018.7.01.0001, Evento 1, Doc. 2, fls. 5/6).

Assim, a tentativa de homicídio praticada pelo réu restou comprovada, não se consumando por circunstâncias alheias à sua vontade. Almejou ceifar as vidas dos militares embarcados no veículo e, mediante o poder letal da arma utilizada, mirou os disparos na parte frontal da viatura.

2.4 Testemunhas abonatórias

A Defesa enfatiza que as testemunhas por ela apresentadas atestaram a boa conduta social do réu.

Novamente, o argumento não afasta a autoria delitiva, diante do robusto contexto fático e probatório dos autos.

Testemunhas meramente abonatórias, que não presenciaram os fatos, são, obviamente, incapazes de alterar a dinâmica dos fatos narrados na Denúncia.

Frisa-se que, hipoteticamente, até mesmo um cidadão com conduta social ilibada pode vir a cometer grave crime, devendo ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade.

Dessa forma, afasta-se o argumento que visava ilidir a autoria delitiva.

2.5 *In dubio pro reo*

Por fim, a Defesa aduz precedentes jurisprudenciais em que *o in dubio pro reo* foi reconhecido, também mencionando doutrina jurídica.

Contudo, nenhum dos casos colacionados se adéqua à realidade fática do presente Processo.

Nos precedentes juntados pela Defesa, houve dúvida relevante no acervo probatório em diversas circunstâncias, fatores que guiaram as absolvições naqueles casos. Nos presentes autos, contudo, a dúvida inexiste.

Da mesma forma, a doutrina colacionada discorre sobre a dúvida e as suas consequências para o processo penal.

Repise-se que as provas colhidas afastam quaisquer incertezas, razão pela qual o argumento carece de lastro nos autos.

Por todo o exposto, em que pese o esforço da combativa Defesa, o seu Recurso não merece procedência.

3. DOS ARGUMENTOS DO MPM

Nos limites do Recurso interposto pelo *Parquet* Castrense, cabe verificar somente se a dosimetria da pena, aplicada em Primeira Instância, está ajustada.

A Promotora de Justiça Militar afirma que, por ter sido branda, a sanção penal imposta merece reforma.

Para tanto, aponta aspectos relacionados à pena-base (1ª fase da dosimetria) e à possível existência do concurso material, em detrimento do concurso formal de crimes.

Os argumentos serão detidamente analisados adiante.

3.1 Da pena-base (1ª fase da dosimetria)

Nesse ponto, o MPM tem razão ao questionar o estabelecimento, pelo Magistrado *a quo*, da pena-base no mínimo legal (1ª fase da dosimetria).

Note-se que o Recurso devolve a matéria para exame deste Tribunal, pois a reanálise do art. 69 do CPM foi pedida em sua totalidade.

De fato, ao examinar a Sentença vergastada, a pena-base foi fixada no patamar mínimo permitido em Lei. Desse modo, houve desproporcionalidade, por não atribuir valor negativo a algumas circunstâncias judiciais merecedoras de destaque e por inexistir o consequente reflexo na reprimenda penal.

O douto Magistrado, na Sentença, desconsiderou algumas circunstâncias importantes, com força para elevar a pena-base. Portanto, a mensuração da sanção merece reforma.

Ao se examinar o teor do art. 69 do CPM, vê-se que o Juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu (macro circunstâncias).

Deve sopesar, também, as micro circunstâncias (a intensidade do dolo ou do grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os seus antecedentes e a sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o delito).

Não pode haver sombra de dúvida, neste sodalício jurídico, que o crime praticado é bastante grave. Trata-se **de tentativa de homicídio praticada contra militares em Operação de Garantia da Lei e da Ordem**, ou seja, afronta severa e deplorável à própria presença do Estado naquela comunidade.

Assim, ao final da primeira fase da dosimetria, a pena-base deve ser aplicada acima do mínimo legal de 12 (doze) anos.

Nota-se, no crivo detalhado da conduta, que o crime dos autos enseja a valoração negativa de pelo menos **5 (cinco) circunstâncias judiciais** do art. 69 do CPM.

Houve notável **extensão de perigo de dano**. Os disparos que atingiram a viatura foram feitos em Comunidade habitada, durante o dia, expondo a população a intolerável risco.

Além disso, a **intensidade do dolo** merece ser mensurada em grau significativo. A quantidade elevada de disparos efetuados pelo réu, contra os embarcados na viatura militar, demonstra, cabalmente, a intenção exacerbada de ceifar a vida dos ofendidos, com *animus necand*i acentuado e dolo direto.

Não se notou, nos autos, qualquer atitude de **arrependimento** do réu após o crime.

Ao contrário, sustentou versão que se mostrou falaciosa para tentar justificar a sua conduta. Em nenhum momento, antes ou após os fatos, expressou qualquer preocupação ou sentimento quanto aos possíveis efeitos do crime perpetrado, pois os disparos poderiam ter matado ou lesionado os militares do Exército. A sua frieza destoa da versão de que teria sido coagido a conduzir a motocicleta.

Empregou o fuzil para executar o ilícito, armamento de longo alcance, de alto poder letal e de uso restrito das Forças Armadas.

Por fim, os **motivos determinantes** do crime também ensejam reflexão. Empreender fuga diante das tropas federais objetiva a ocultação de outros ilícitos, assegurando-lhes impunidade.

O cidadão de bem não foge da presença do Estado, muito menos dispara contra os seus agentes. Por sua vez, os criminosos praticam condutas ilícitas em detrimento da regular aplicação do Direito.

3.2 Do concurso de crimes

O MPM pleiteia o reconhecimento do concurso material de crimes.

O mesmo pleito foi apresentado perante a Primeira Instância e rechaçado pelo Magistrado, o qual concluiu pelo concurso formal de crimes. Considerou que os fatos ocorreram no mesmo contexto, com unidade de desígnios.

Nesse ponto, a Sentença vergastada não merece reforma.

De fato, o que houve foi um confronto com troca de disparos entre o réu e a tropa federal.

Assim, embora tenha havido a múltipla prática de crimes (três tentativas de homicídio), todas aconteceram em contexto único, refletindo as características do concurso formal.

A conduta do agente ativo do crime não pode ser decomposta em contextos diferentes. Ressalte-se que a ação foi única, sendo os atos diversos, perfazendo o concurso formal.

O Parecer da PGJM, da lavra do Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, ruma no mesmo sentido. Pela sua precisão, também adoto como razões de decidir (evento 6), *in verbis*:

> (...) 17. Com efeito, embora tenha havido uma sucessão de disparos, trata-se de uma conduta única, com multiplicidade de resultados, caracterizadora do concurso formal, pois há uma unidade temporal e espacial, não havendo como se reconhecer, no caso, a realização de mais de uma conduta, descartando-se, em consequência, as hipóteses de concurso material e de crime continuado, que, aliás, nada mais é do que uma ficção jurídica para abrandar a pena, nos casos de concurso material. Ademais, o crime continuado não se harmoniza com a simultaneidade de ações, mas, sim, com a sucessividade de ações, o que não é a hipótese dos autos.

Nessa precisa trilha de raciocínio, aplicando-se a doutrina jurídica em cotejo aos fatos ora analisados, o reconhecimento de concurso formal de crimes deve ser mantido, considerada a unidade do contexto e da ação.

3.3 Do cálculo da dosimetria (suposta existência de erro material)

Logicamente, a análise desse ponto recursal do MPM fica prejudicada, pois a necessidade de recálculo da pena foi reconhecida, pela incidência de circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM.

Registre-se que o Magistrado de Primeira Instância especificou os critérios utilizados no cálculo da pena em sede da Sentença, aplicando com exatidão a fração incidente para o crime tentado.

4. CONCLUSÃO

O civil que pratica tentativa de homicídio contra militares integrantes de Patrulha do Exército (**sujeito passivo em segundo grau**), além de menosprezar todos os valores éticos e morais, ataca, frontalmente, a *ultima ratio* do Estado – as Forças Armadas (**sujeito passivo em primeiro grau**).

Diante do já explanado, a pena merece reforma para maior, visando melhor atender aos fins aos quais se destina.

5. DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Desta feita, passa-se à individualização da novel pena do réu, como incurso no crime do art. 121, § 2º, inciso VII, c/c o art. 70, ambos do CP e o art. 30, inciso II, do CPM, de acordo com o consagrado método trifásico de Nelson Hungria.

No tocante ao concurso formal de crimes (a ser aplicado no término do cálculo), ressalta-se que inexiste diversidade relevante entre as três ações, tampouco características especiais diferenciadoras dos ofendidos.

Ou seja, não há razão que justifique estabelecer sanções em patamares diversos para os 3 (três) delitos analisados.

Por conseguinte, segue-se a dosimetria para um dos delitos ("crime referência"), finalizando com o pertinente acréscimo decorrente da prática das duas tentativas de homicídio remanescentes, as quais demandam sanções idênticas.

Em execução do método, **na 1ª fase**, as circunstâncias previstas no art. 69 do CPM devem ser reconsideradas.

Por conseguinte, o conteúdo do art. 69, *caput*, do CPM não pode passar incólume, como já afirmado em tópico anterior. Nesse aspecto, a extensão de perigo de dano, a intensidade do dolo, a ausência de arrependimento, os meios empregados e os motivos determinantes, como circunstâncias judiciais que dão azo à exacerbação da pena mínima prevista em abstrato para o crime de homicídio qualificado tentado, com o preceito secundário de 12 (doze) anos de reclusão.

A gravidade do crime (macro circunstância judicial do art. 69 do CPM) está bem caraterizada. Não se pode olvidar que disparos de fuzil contra tropa federal em Operação de Garantia da Lei e da Ordem atentam, sobremaneira, contra os mais evidentes elementos da necessária presença do Estado naquela comunidade.

Em relação às mencionadas micro circunstâncias judiciais, acrescem-se 2 (dois) anos para cada uma das seguintes: a extensão de perigo de dano, a intensidade do dolo e os meios empregados; 1 ano e 6 (seis) meses para a

ausência de arrependimento e 1 (um) ano para os motivos determinantes. Reiteram-se todas as respectivas particularidades do caso concreto, as quais foram delineadas em tópico específico.

Considere-se que a sanção prevista no preceito secundário do crime de homicídio qualificado é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Partindo-se da reprimenda mínima de 12 (doze) anos, exacerbo-a em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses,resultando na pena-base de 20 (vinte) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornando-a provisória neste patamar.

Na 2ª fase, inexistem agravantes ou atenuantes.

Na 3ª fase, há a necessária diminuição da pena, por se tratar de crime tentado.

Assim, aplica-se a fração no patamar máximo permitido de 2/3 (dois terços), ante a ausência de Recurso do MPM neste aspecto e o fato ter resultado em tentativa incruenta.

Por conseguinte, a reprimenda reduz para 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Em arremate, conclui-se pela presença do concurso formal de crimes. Nessa base, aumenta-se a sanção na proporção de 1/5 (um quinto), por ter envolvido 3 (três) crimes. Dessa forma, há sintonia com a jurisprudência consolidada sobre o *quantum* devido de aumento, conforme a quantidade de ilícitos nessa espécie de concurso.

Em consequência, torno definitiva a pena do réu Carlos Henrique Alves dos Santos em 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão.

Em decorrência desse *quantum*, torna-se incabível a concessão de *sursis*, pelo não preenchimento dos requisitos objetivos do art. 84 do CPM, pois a pena é superior a 2 (dois) anos.

Deve ser fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena, com base no art. 33, § 2º, alínea *a,* do CP.

Sr. Presidente, Sra. Ministra e Srs. Ministros, todos os cidadãos de bem desejam que o País progrida em ambiente de paz e prosperidade.

Nessa senda, as operações de Garantia da Lei e da Ordem ganham notável importância. Para tanto, a sociedade está amparada, no texto constitucional, para lançar as Forças Armadas nessas perigosas e essenciais missões. Todavia, por questões éticas e morais, verdadeiros sustentáculos da lógica estrutural do Estado, os mesmos Poderes, que desdobram as Forças Armadas para a retomada da ordem pública, têm o dever de respaldar e de tutelar as suas ações pautadas pela legalidade.

A sociedade, embora tenha o direito de ser escudada pelas Forças Armadas, por outro lado não pode abandoná-las quando, enfrentando o perigo, agem conforme os ditames constitucionais.

À luz do apurado na ocorrência *sub judice*, a tropa empregada seguiu fielmente o seu dever constitucional, sempre focada na Defesa da sociedade à qual serve.

Por isso, a Justiça Militar da União deve aplicar, na plenitude do seu poder, os rigores previstos na Lei Penal Militar. Do contrário, o sentido do Direito seria invertido: leniência em relação aos marginais detratores da Ordem Pública; e indiferença no tocante àqueles que desafiam o perigo, oferecendo as suas próprias vidas para garantir a paz social.

Srs. Ministros, embora tenham sido desferidos em sua direção, os disparos não miraram apenas os homens fardados. Foram contra a presença do Estado Brasileiro!

Ante o exposto, dou provimento parcial ao Apelo Ministerial para, mantendo a condenação prolatada na Sentença, fixar a pena imposta ao réu Carlos Henrique Alves dos Santos em 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso VII, c/c o art. 70, ambos do Código Penal brasileiro, bem como com o art. 30, inciso II, do CPM. Em decorrência, nego o benefício do *sursis*, em face da vedação do art. 84 do CPM. Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, com base no art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal brasileiro. E nego provimento ao Apelo da Defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento virtual, sob a Presidência do Ministro Gen Ex Luís Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em dar provimento parcial ao Apelo Ministerial para, mantendo a condenação prolatada na Sentença, fixar a pena imposta ao réu, Carlos Henrique Alves dos Santos, em 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso VII, c/c o art. 70, ambos do Código Penal brasileiro, bem como com o art. 30, inciso II, do CPM. Em decorrência, em negar o benefício do *sursis*, em face da vedação do art. 84 do CPM e fixar o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, com base no art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal brasileiro. E, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo da Defesa.

Brasília, 22 de abril de 2021 – Gen Ex Marco Antônio de Farias, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Apelação Nº 7000456-37.2020.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, ao analisar a Apelação interposta pelo Ministério Público Militar (MPM), votei divergindo da douta maioria para negar provimento ao recurso ministerial, mantendo inalterada a r. Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, pelas razões que passo a expor.

2. Em relação às razões recursais do Ministério Público Militar (Evento 1, doc. 3), verifico que a pretensão ministerial visava à reforma da r. Sentença, para que fosse fixada a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante/apelado CARLOS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS em patamar acima do mínimo legal e acima do estabelecido na decisão recorrida, bem como fosse reparado o cálculo referente à parte final da dosimetria da pena e, consequentemente, adotado o regime inicial fechado para seu cumprimento.

3. Naquela assentada, o eminente Ministro-Relator apresentou o seu voto, dando provimento parcial ao Apelo Ministerial para, mantendo a condenação prolatada na Sentença, fixar a pena imposta ao réu Carlos Henrique Alves dos Santos, em 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso VII, c/c o art. 70, ambos do Código Penal Brasileiro, bem como com o art. 30, inciso II, do CPM. Em decorrência, negou o benefício do *sursis*, em face da vedação do art. 84 do CPM e fixou o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, com base no art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal Brasileiro. E nego provimento ao Apelo da Defesa.

4. Porém, mesmo reconhecendo a gravidade do crime praticado pelo apelante/apelado, entendi que não assistia razão ao pleito ministerial, conforme será demonstrado a seguir.

5. Como se verifica na Exordial acusatória, o apelante/apelado veio denunciado como incurso no art. 121, § 2º, inciso VII, do Código Penal c/c o art. 9º, incisos II e III, alínea "d", do Código Penal Militar, com a redação da Lei nº 13.491, de 2017, por três vezes, em concurso material, na forma do art. 79, também do Código Penal Militar. De acordo com a própria Denúncia, **o inciso VII do § 2º do art. 121 do Código Penal Brasileiro foi utilizado justamente por se mostrar mais específico à situação**, conforme se verifica no trecho a seguir (Evento 1, doc. 1, Proc. nº 7000756-37.2018.7.01.0001):

> **Configura-se a qualificadora do art. 121, § 2º, VII do Código Penal, eis que os três ofendidos eram militares da ativa (portanto, integrantes do Exército Brasileiro, uma das instituições previstas no art. 142 da Constituição Federal) no exercício de atividade militar (operação de Garantia da Lei e da Ordem, por força do art. 15, § 7º da**

> **Lei Complementar nº 97/99, constitui atividade de natureza militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal, ou seja, para a Justiça Militar da União). O art. 121, § 2º, VII do Código Penal ("VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela... ") constitui no caso crime militar pela regra de extensão disposta no art. 9º, II e III, "d", com a redação da Lei 13.491/2017 ("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: (...) d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública...") e não possui dispositivo idêntico no CPM, portanto não incide a questão da especialidade. Além disso, fica estabelecida a hediondez do delito em questão (art. 1º da Lei 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.142/2015).** (Grifo nosso).

6. Assim, por se tratar de dispositivo especial, percebe-se que o Órgão ministerial fez a opção de afastar a aplicação do art. 205 do CPM, **cuja pena está prevista de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão**, para aplicar o art. 121, § 2º, inciso VII, do CP comum, **justamente porque a pena mínima prevista no citado tipo legal é de 12 (doze) anos de reclusão** e a máxima, por sua vez, de 30 (trinta) anos de reclusão.

7. Portanto, partindo-se da premissa de que o apelante/apelado também poderia ter vindo condenado nas penas do art. 205 do CPM, como já ocorreu em casos anteriores julgados por esta Corte, penso que andou bem o Juízo *a quo* ao adotar medida de política criminal, para fixar a pena-base no seu patamar mínimo, ou seja, **em 12 anos de reclusão**, até porque se trata de crime tentado.

8. Aliás, não foram raras as vezes em que este Tribunal, por questão de política criminal, evitando-se a fixação de uma pena que viesse ferir o princípio da proporcionalidade, elege uma minorante inominada, para diminuir a pena-base que seria fixada em patamar bastante elevado, ou deixou de aplicar disposição prevista no CPM sobre continuidade delitiva, para aplicar o comando previsto no art. 71 do CP comum.

9. *Mutatis mutandis,* mesmo não se desconhecendo a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, é possível asseverar que, neste caso, restou evidente que a reprimenda se mostrou adequada e proporcional para reprovação e prevenção do crime. Ao contrário, pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator, reconhecer todas as circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM na forma proposta no seu voto seria punir duas vezes o condenado, ferindo o princípio do *ne bis in idem*.

10. **Por essas razões e por entender que a pena fixada pelo Juízo *a quo* foi necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime**,

adoto como minhas as razões de decidir da r. Sentença, cujos trechos transcrevo a seguir:

> (...)
>
> **FUNDAMENTAÇÃO**
>
> Definição legal:
>
> Contra o acusado CARLOS HENRIQUE foi imputada a prática do crime de tentativa de homicídio qualificado, assim previsto no Código Penal comum:
>
> Código Penal:
>
> Homicídio simples
>
> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
>
> **Homicídio qualificado**
>
> § 2º Se o homicídio é cometido:
>
> ...
>
> VII - contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:
>
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.
>
> Código Penal Militar:
>
> Art. 30. Diz-se o crime:
>
> **Crime consumado**
>
> I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;
>
> **Tentativa**
>
> II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.
>
> **Pena de tentativa**
>
> Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado.
>
> Requisitos do crime de homicídio doloso:
>
> Trata-se de crime material (requer o resultado naturalístico morte) e que se configura quando uma pessoa retira, intencionalmente, a vida de outra pessoa.
>
> O bem jurídico protegido é a vida extrauterina (se for intrauterina, trata-se de aborto), sendo que o objeto do delito coincide com a vítima

deste, qual seja, um ser humano distinto do agente (se a vítima for o próprio agente, trata-se de suicídio).

O núcleo do tipo é o verbo "matar", admitindo qualquer meio de execução, transformando, assim, o tipo penal em um crime de forma livre.

O delito pode ser cometido por meio de ação (o que é mais comum) ou por omissão (neste caso, quando o agente possui o dever de agir - garante).

Tanto o Código Penal Militar quanto o Código Penal comum trazem uma série de circunstâncias que qualificam o crime e que se praticadas pelo agente tornam sua conduta ainda mais reprovável, estabelecendo um novo valor mínimo e máximo para a pena a ser aplicada, razão pela qual podem ser consideradas, cada qual, como um novo tipo penal, distinto da forma simples e básica.

Os mesmos diplomas legais também trazem uma única causa de diminuição de pena, devendo a reprimenda ser diminuída de 1/6 a 1/3 quando o agente tenha praticado o delito motivado por alguns sentimentos que, em si, são nobres (relevante valor social ou moral) ou, ainda, que sua conduta seja uma reação imediata a uma injusta provocação da vítima.

Na modalidade tentada, o agente, querendo retirar a vida de outra pessoa, pratica algum ato executório, mas não consegue alcançar o resultado pretendido em razão da ocorrência de alguma situação distinta da sua real intenção, devendo a pena prevista no tipo penal ser reduzida de 1/3 a 2/3, sendo certo que o montante desse decréscimo deve levar em consideração a menor ou maior proximidade em se alcançar o evento morte.

(...)

<u>Dosimetria da pena</u>:

Pena-base:

- Estabelece-se a pena-base em 12 (doze) anos de reclusão (Art. 121, § 2º, inciso VII, do Código Penal comum c/c Art. 9º, inciso III, letra "d", do Código Penal Militar), sendo esta estipulada no mínimo legal em razão, inclusive, do acusado não registrar antecedentes;

Pena alterada:

- Não se mostraram presentes agravantes ou atenuantes;

Pena final:

- Diminui-se a pena-base em 2/3, nos termos do Art. 30, parágrafo único do CPM, perfazendo o total momentâneo de 04 (quatro) anos de reclusão, salientando-se que a diminuição se deu em seu grau máximo em razão dos disparos não terem atingido os militares ("tentativa branca"); - Por fim, discordando do pedido formulado pelo Ministério Público Militar, considera-se que a conduta do acusado se deu em concurso formal em razão da unidade de desígnio, já que aquele praticou vários atos (disparos), mas dentro de uma mesma conduta (tentativa de fuga), o que equivale a dizer que estava sob o mesmo contexto fático,

aumentando-se a pena em 1/5 em razão do crime atentar contra a vida de 03 (três) pessoas, nos termos do Art. 70 do Código Penal comum (aqui aplicado analogicamente em razão da não-recepção do Art. 79 do CPM, uma vez que esse fere o princípio constitucional da individualização da pena), estabelecendo-se, como pena definitiva, o total de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

Regime inicial de cumprimento de pena:

Nos termos do Art. 33 e ss do Código Penal, o qual aqui se aplica de forma analógica em razão de omissão do Código Penal Militar, fixa-se o regime inicialmente semi-aberto para cumprimento da reprimenda penal. Benefícios legais: Recorrer em liberdade: Porque inexistentes, no momento, os requisitos para decretação da prisão preventiva, reconhece-se o direito do acusado em apelar em liberdade.

Suspensão condicional da pena (*sursis*):

Deixa-se de reconhecer o direito do acusado de ter suspensa a pena que lhe foi imposta, uma vez que esta ultrapassa (e, em muito) o limite legal estabelecido no Art. 84 do Código Penal Militar.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, resolve-se:

Condenar o acusado **CARLOS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS**, já qualificado nos autos, à pena de **04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão**, em razão de ter praticado, em concurso formal (CP, Art. 70), o crime previsto no Art. 121, § 2º, do Código Penal c/c Art. 30, inciso II, do Código Penal Militar (tentativa de homicídio contra militares federais no exercício da função).

Reconhecer ao acusado o direito de recorrer em liberdade.

Não reconhecer ao acusado o direito de ter suspensa condicionalmente sua pena.

Estabelecer o regime inicialmente semi-aberto para cumprimento da reprimenda.

Determinar a computação na pena privativa de liberdade do tempo de prisão provisória já cumprida pelo acusado (CPM, Art. 67).

(...). (Evento 187 da Ação Penal Militar nº 7000756-37.2018.7.01.0001).

Por essas razões, votava negando provimento ao apelo do Ministério Público Militar para manter inalterada a r. Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 22 de abril de 2021.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 7000618-32.2020.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: Guilherme Santos dos Anjos.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFESA. CONDENAÇÃO. FURTO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO DE JUSTIÇA. MATÉRIA JÁ DECIDIDA. COISA JULGADA. NÃO CONHECIMENTO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 28-A DO CPP NA JMU. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95 NA SEARA CASTRENSE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 90-A DO MESMO DIPLOMA. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL OCASIONADA PELA PANDEMIA DA COVID-19. REGULAMENTAÇÃO PELO CNJ. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. DOLO DE ASSENHORAR-SE DA COISA – *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ELEVADO VALOR DA *RES* FURTIVA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO FURTO ATENUADO. AUSÊNCIA DE DEVOLUÇÃO DO OBJETO. DESPROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

Preliminarmente, é inviável declarar a nulidade da sentença por incompetência do Conselho de Justiça para julgar o réu ex-militar, eis que a matéria já foi decidida no bojo do RESE nº 7000358-86. 2019.7.00.0000, ocasião em que foi firmada a competência do CPJ para o julgamento do apelante, restando, assim, a matéria acobertada pela coisa julgada. Preliminar não conhecida. Decisão por unanimidade.

No tocante à aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal aos feitos em trâmite nesta Justiça Castrense, ressalta-se que o legislador, ao inserir esse instituto no âmbito no processo penal comum, por meio da Lei nº 13.964/2019 (Pacote anticrime), manteve-se em silêncio quanto à incidência do ANPP na Justiça Militar, em um claro silêncio eloquente, capaz de afastar a aplicação do benefício aos processos em curso nesta Justiça especializada.

Destaca-se, ainda, que a opção legislativa pela não aplicação do Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar encontra-se assentada na "Justificação" do Projeto de Lei nº 10.372/2018, que originou a Lei nº 13.964/2019. Por fim, as disposições constantes na legislação processual penal comum só se aplicam nesta Justiça Castrense de forma subsidiária, em caso de omissão no CPPM, de acordo com o seu art. 3º, o que não é o caso dos autos. Preliminar rejeitada por unanimidade.

Incabível, de igual forma, a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei nº 9.099/95, nesta Justiça castrense, por expressa vedação do art. 90-A, da referida lei, que, inclusive, já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada por unanimidade.

De igual modo, não se observa qualquer nulidade no processo pela realização da audiência de julgamento por videoconferência, em virtude da situação excepcional ocasionada pela pandemia da COVID-19, que, em consonância com a regulamentação feita pelo Conselho Nacional de Justiça, autoriza que as audiências sejam feitas de forma remota. Preliminar rejeitada por unanimidade.

No mérito, devidamente comprovadas tanto a autoria quanto a materialidade, não há espaço para a absolvição pela ausência de dolo, eis que o crime de furto se consumou no momento que o apelante subtraiu para si o notebook do armário do ofendido, com a intenção de assenhorar-se do bem (*animus rem sibi habendi)*.

Igualmente, resta inviável a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista o valor do objeto furtado – entre R$ 1.699,00 (mil seiscentos e noventa e nove reais) e R$ 1.999,00 (mil novecentos e noventa e nove reais) – ao contrário, essa quantia, comparada à remuneração de um aluno da escola naval, torna-se bastante relevante, o que de sobremaneira evidencia a maior reprovabilidade do comportamento do acusado, bem como o elevado grau de ofensividade em sua conduta.

Ademais, descabe a aplicação do furto atenuado, previsto no § 1º do art. 240 do CPM, ante a ausência de devolução da *res* pelo acusado, bem como pelo elevado valor do bem subtraído.

Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**,

não conheceu da preliminar defensiva, de nulidade da Sentença, ante a incompetência do Conselho de Justiça para julgar ex-militar, por falta de amparo legal, eis que a matéria já está acobertada pela coisa julgada; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar defensiva, de nulidade da Sentença pela não aplicação do art. 28-A do CPP – Acordo de Não Persecução Penal, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, rejeitou a terceira preliminar defensiva, de nulidade pela não aplicação da Suspensão Condicional do Processo, prevista na Lei nº 9.099/95, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, rejeitou a quarta preliminar defensiva, de nulidade do processo pela realização de audiência por videoconferência, por falta de amparo legal. No mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, para manter inalterada a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Odilson Sampaio Benzi.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. 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. Clauro Roberto de Bortolli. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 25/5/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Defesa, contra a Sentença que condenou o ex-Marinheiro GUILHERME SANTOS DOS ANJOS à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no crime de furto, art. 240, *caput*, do CPM, a ser executada no regime aberto, com o direito ao *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e de recorrer em liberdade.

Segundo a Exordial Acusatória, o réu foi denunciado:

> (...) pelo fato de, no dia 27/10/2017, ter furtado um notebook marca DELL, modelo INSPIRON 14 5000, cor preta, nº de série GCKR2J2/35588966798 do armário do aluno Gabriel Teixeira de Andrade Silva no alojamento do 1º ano do Colégio Naval. Na data dos fatos, durante a execução das tarefas de limpeza para as quais foi designado, o ora denunciado verificou que havia um armário no alojamento dos alunos do 1º ano do Colégio Naval que não se encontrava com cadeado. Abriu, então, o armário, que pertencia ao aluno Andrade e de lá retirou um notebook, levando-o primeiramente para seu próprio alojamento e posteriormente para sua residência, contrariando a orientação recebida no sentido de que os objetos encontrados durante o serviço deveriam ser entregues ao Oficial de Serviço de Corpo de Alunos (fl. 28). Posteriormente, o denunciado

> compareceu à casa de sua namorada portando o notebook, e alegou que quando algum objeto é encontrado, é permitido a quem o encontrou que tome posse do mesmo. A mãe de sua namorada, desconfiando da história, entrou em contato com o Capitão de Fragata Gilson Nunes Machado para verificar como deveria proceder. O oficial, então, solicitou que o notebook fosse entregue no Colégio Naval para que fosse averiguado quem era o proprietário do objeto (fl. 33).
>
> Entregue o notebook no Colégio Naval, ao ligar o aparelho e observar a foto da tela inicial, foi verificado pelo Capitão de Fragata Gilson Nunes Machado que o equipamento pertencia ao aluno Gabriel Teixeira de Andrade Silva. O ofendido, por sua vez, também confirmou ser o proprietário do notebook.
>
> Realizada pesquisa de mercado, apurou-se que o valor do objeto furtado varia entre R$ 1.699,00 e R$ 1.999,00 (fls. 38/39). Depreende-se das peças informativas que o ora denunciado, de forma livre e consciente, subtraiu para si coisa alheia móvel.
>
> Por todo o exposto, o Órgão do Ministério Público Militar requer a V. Exa. seja a presente denúncia recebida, com a consequente citação do Sd GUILHERME SANTOS DOS ANJOS para se ver processar e julgar perante esta Justiça Castrense, até final condenação, como incurso no art. 240, com a atenuante do art. 72, I do CPM (...). (evento 1, doc. 2 da APM).

Constam nos autos do IPM os seguintes documentos:

- Portaria de instauração nº 165, de 13/11/2017 (evento 1, fl. 3, do IPM);

- Papeleta de cadastro de equipamentos eletrônicos do Colégio Naval, do aluno ANDRADE, na qual se verificam informações do notebook, com o respetivo número de série (evento 1, fl. 24, do IPM);

- Termo de inquirição do ofendido, (evento 1, fl. 28, do IPM);

- Termo de reconhecimento de objetos (evento 1, fl. 29, do IPM);

- Termo de interrogatório (evento 1, fl. 30, do IPM);

- Laudo de avaliação do equipamento apreendido (evento 1, fls. 40/41, do IPM);

- Relatório (evento 1, fls. 43/45, do IPM);

- Solução do IPM, que indiciou o acusado pelo crime de furto (evento 1, fl. 48, do IPM);

O acusado foi licenciado em 31/7/2018, segundo informado pelo Comandante do Colégio Naval (evento 9 da APM).

A Denúncia foi recebida em 18/10/2018 (evento 1, doc.1, da APM).

O réu foi citado em 29/11/2018 (evento 23).

Antes de se proceder à oitiva do ofendido e da testemunha ministerial, o *Parquet* Castrense requereu a convocação do Conselho de Justiça para apreciar o feito, aduzindo que a Lei nº 13.774/2018 não alterou a competência do Colegiado nos crimes praticados por militar contra militar à época dos fatos, conforme dispõe o art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM.

Contudo, o Magistrado *a quo* entendeu que a competência para prosseguir no feito seria do Juízo monocrático, denegando a arguição formulada pelo MPM, com fulcro no inciso I-B do art. 30 da Lei nº 13.774/18 (evento 58).

Assim, em 25/1/2019, o MPM interpôs Recurso em Sentido Estrito contra a referida decisão, autuado neste Tribunal sob o nº 7000358-86.2019.7.00.0000 e distribuído para este Relator.

Seguindo o entendimento firmado por esta Corte Castrense no julgamento do IRDR nº 7000425-51.2019.00.0000, declarei nula, na ocasião, a Decisão do Juízo de 1º grau para restabelecer a competência do Conselho de Justiça, a fim de processar e julgar a Ação Penal Militar, uma vez que o réu era militar ao tempo em que praticou o delito (evento 8 do RESE).

Retomado o curso processual perante o Órgão competente, foi realizada audiência de inquirição do ofendido e da testemunha do MPM (evento 131), oportunidade em que declararam:

- Ofendido, Al GABRIEL TEIXEIRA DE ANDRADE SILVA:

> que confirma os fatos narrados na denúncia, declarando que, no final de outubro do ano de 2017, estava ocorrendo inspeção do Almirantado no Colégio Naval. Naquele dia, devido a "correria" para ir embora, não se deu conta de que teria deixado seu armário aberto, com o notebook em seu interior, vindo a perceber a falta do aparelho somente no dia do retorno para o Colégio Naval; que soube que um marinheiro havia pego seu notebook; que o réu o procurou dizendo que teria a intenção de devolver o notebook e pediu que ele mentisse para o seu comandante de companhia, dizendo que teria encontrado o notebook em um ônibus, o que não foi aceito pelo ofendido. Esclareceu ainda que não havia entre ele e o réu nenhuma dívida e que não o conhecia anteriormente. (evento 130, vídeos 1-3 da APM);

- Testemunha, CF GILSON NUNES MACHADO, o qual informou:

> que tomou conhecimento do fato por meio da Sra. Luciana, de quem é amigo. Relatou que a Sra. Luciana é mãe da então namorada do réu, e o procurou dizendo que o acusado teria chegado a casa dela com um notebook que estava em uma mochila, os quais foram entregues para sua filha. Disse que a filha da Sra. Luciana solicitou que ela levasse o notebook para trabalho, pois lá ela conhecia funcionários que poderiam desbloquear o notebook. De acordo com o relato da Sra. Luciana, a testemunha disse que o funcionário, ao ligar o notebook, verificou que

havia uma foto de um aluno do Colégio Naval. A partir de então, esse funcionário não mexeu mais no notebook e devolveu o equipamento à Sra. Luciana, que ao perceber que havia algo estranho, ligou para ele e relatou o ocorrido. A testemunha, então, deu a orientação de que o notebook fosse levado para a Escola Naval para ser entregue ao Comandante do Colégio Naval, o que foi feito. A testemunha informou que entregou a mochila com o notebook ao Comandante o Colégio Naval, o qual, ao ligar o equipamento diante da testemunha, percebeu tratar-se realmente de um aluno daquele colégio, que, inclusive, foi chamado naquele momento para identificar o aparelho. Por fim, a testemunha acrescentou que a Sra. Luciana relatou para ele, que o réu teria contado a ela que achou a mochila com o notebook em um ônibus. (evento 130, vídeos 4-6 da APM).

A Defesa arrolou como testemunhas Luana Lins de Paula Gomes, então namorada do réu, e Maikon Nunes Ferreira (evento 145), os quais afirmaram em audiência o seguinte (evento 167):

- Civil LUANA LINS DE PAULA GOMES:

(...) que o réu pediu para que ela o ajudasse a descobrir o dono de um notebook que estava dentro de uma mochila, encontrado dentro do quartel (Colégio Naval). Relatou que era necessário desbloquear o equipamento, tendo em vista que eles já teriam informação, depois de terem visto uma foto no aparelho. A testemunha disse que pediu para uma pessoa que trabalhava na loja de sua mãe e que "mexia" com computadores para desbloquear o notebook. Relatou ainda que sua mãe não teria gostado da ideia de ela estar com o notebook; que sua mãe teria ligado para uma pessoa do quartel. A testemunha acrescentou que o réu contou a ela que encontrou a mochila com o notebook em um armário vazio, que ninguém sabia de quem era. Informou que, na época, sua mãe não aceitava o relacionamento entre eles. Ao final, disse que não possui mais relacionamento com o réu. (evento 166, vídeos 1-2 da APM);

A outra testemunha arrolada pela defesa, MAIKON NUNES FERREIRA, declarou:

que teve conhecimento que o réu teria encontrado um notebook no interior de um armário, localizado no alojamento onde fazia limpeza diária. Informou que o réu relatou a ele que teria levado o notebook para casa para depois devolver ao legítimo dono na semana seguinte e que tal atitude foi para não prejudicar o licenciado (saída) dos militares. Disse, ainda, que não tinha conhecimento sobre como o réu teria saído da OM com o notebook. Por fim, informou que serviu na mesma OM do réu por 1 ano, disse que o réu era um militar que cumpria suas obrigações e que ficou surpreso com o ocorrido, pois não tinha conhecimento de nada que desabonasse a conduta do réu enquanto militar. (evento 166, vídeos 3-4 da APM).

Na mesma oportunidade, o réu foi qualificado e interrogado (evento 165), oportunidade em que declarou:

> que, no dia dos fatos, os alunos estavam sendo licenciados (saída) e, quando os alunos deixaram o alojamento, ele foi incumbido de fazer a limpeza, pois somente depois poderia ir embora; que durante a limpeza, encontrou uma mochila dentro de um armário que estava aberto. Relatou, ainda, que tinha conhecimento que alguns armários eram conhecidos como "armários de agarra", armários sem dono, que estavam sempre vazios e, em um desses armários, encontrou a mochila. Alegou que pegou a mochila com o notebook, com o intuito de não atrasar a saída dos militares, para que ninguém saísse prejudicado e devolveria quando descobrisse quem era o dono. Disse que levou o computador para seu alojamento e depois para sua casa. Como não conseguiu descobrir quem era o dono do equipamento, pediu ajuda para sua ex-namorada, a qual disse que iria ver se alguém no trabalho de sua mãe conseguiria desbloquear o computador. Afirmou que posteriormente tomou conhecimento que a mochila com o computador fora entregue no Colégio Naval. O réu disse que não devolveu o notebook imediatamente porque atrasaria a saída de outros militares. Afirmou que, por ocasião de sua saída da OM, foi inspecionado, mas que não teria sido questionado sobre o conteúdo na mochila (...). (evento 166, vídeos 5-7 da APM).

Na fase do art. 427 do CPPM, a Defesa requereu diligências (eventos 167 e 172 da APM), que vieram aos autos (evento 174). O MPM nada requereu (evento 181).

Em alegações escritas, o MPM aduziu que restaram comprovadas a autoria e a materialidade do delito e, não constatada a ocorrência de qualquer causa excludente de culpabilidade ou de ilicitude, pugnou pela condenação do réu com base no crime previsto no art. 240 do CPM (evento 186).

Por sua vez, a Defesa, preliminarmente, requereu que fosse o julgamento realizado pelo Juízo monocrático, por força da Lei nº 13.774/18; pediu a aplicação do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, ao caso em espécie, bem como a aplicação da Lei nº 9.099/95, ante a inconstitucionalidade parcial do art. 90-A. No mérito, pugnou pela absolvição com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, e, subsidiariamente, pela desclassificação da infração para furto atenuado, na forma do artigo 240, §§ 1º e 2º, do CPM, com a redução da pena no máximo legal, bem como, se cabível, a atenuante prevista no artigo 72, inciso III, alínea "b" (*procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequênc*ias), do mesmo códex, com a aplicação da pena no seu mínimo legal (evento 202 - doc 2 da APM).

Designada a Audiência por meio do sistema de videoconferência (evento 196), em razão da pandemia da COVID-19, a Defesa se insurgiu,

alegando prejuízo para o réu com a realização do referido ato de forma remota, requerendo a suspensão do feito (evento 203).

No entanto, a referida petição não foi acolhida pelo douto magistrado, que adiou a data do julgamento, mas manteve a realização da Audiência por meio de videoconferência (evento 215 da APM).

Inconformada, a DPU impetrou habeas corpus neste Tribunal, autuado sob o nº 7000319-55.2020.7.00.0000, de minha relatoria, que foi julgado prejudicado por perda de objeto (evento 17 do HC).

Prosseguindo com a marcha processual, em Sessão de Julgamento de 14/7/2020, o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, por unanimidade, indeferiu todas as preliminares defensivas. No mérito, condenou o ex-Marinheiro GUILHERME SANTOS DOS ANJOS à pena de 1 (um) ano de reclusão pela prática do crime de furto.

A sentença transitou em julgado para o MPM em 28/7/2020 (evento 258).

Já a Defesa, irresignada com a condenação, interpôs o presente Recurso (evento 251). Em suas Razões, preliminarmente, requereu a anulação da sentença pelos seguintes motivos: Incompetência do Conselho de Justiça para julgamento do réu ex-militar; não oferecimento do Acordo previsto no art. 28-A do CPP e não aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei nº 9.099/95, em virtude da inconstitucionalidade parcial do art. 90-A da referida lei. Pugnou, ainda, pela anulação do processo devido à realização das audiências pelo sistema de videoconferência, alegando prejuízo à defesa e afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, a Defesa pugnou pela absolvição do apelante com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM, e, subsidiariamente, pela desclassificação da conduta para infração disciplinar, nos termos do art. 240, §§ 1º e 2º, do CPM. Por fim, a Defesa pediu, na dosimetria, para que fosse considerada a redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços), prevista, igualmente, no art. 240 supra, bem como a aplicação das atenuantes previstas no art. 72, incisos, I, II e III, alínea "b", do CPM, ante a restituição da *res*, a menoridade e o histórico militar do Réu (evento 264).

Em suas contrarrazões, o Órgão Ministerial rebateu todas as teses defensivas, pugnando pela manutenção da Sentença condenatória (evento 268).

Instada a se manifestar, a PGJM, em parecer exarado pelo Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI, manifestou-se pela rejeição das preliminares defensivas, e, no mérito, pelo não provimento do apelo, a fim de se manter na íntegra o decreto condenatório (evento 7).

É o Relatório.

VOTO

O Apelo é tempestivo e, presentes os demais requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, ANTE A INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO DE JUSTIÇA PARA JULGAR EX-MILITAR

A DPU pugna pela nulidade da Sentença *a quo*, porquanto prolatada por Juízo incompetente. Aduz que, em virtude do licenciamento do réu, este agora ostenta a condição de civil e, assim, não poderia ter sido julgado pelo Conselho de Justiça, a quem cabe somente o julgamento de militares da ativa, de acordo com a nova redação conferida pela Lei nº 13.774/18 à Lei nº 8.457/92.

Contudo, o pleito defensivo não merece prosperar.

A questão da competência do Colegiado *a quo* neste processo já foi decidida no bojo do Recurso em Sentido Estrito nº 7000358-86.2019.7.00.0000, oportunidade que, por decisão monocrática de minha lavra, foi firmada a competência do Conselho de Justiça na espécie, em consonância ao entendimento fixado por esta Corte Castrense no julgamento do IRDR nº 7000425-51.2019.00.0000.

Dessa forma, considerando que a r. Decisão exarada por este Relator transitou em julgado (evento 16 do RESE supramencionado), a matéria resta preclusa para a Defesa, eis que acobertada pela coisa julgada e da qual não cabe mais discussão nesta Justiça Especializada.

Ante o exposto, não conheço da preliminar de incompetência do Juízo *a quo*, por falta de amparo legal, eis que a matéria já está acobertada pela coisa julgada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PELA NÃO APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Prossegue a DPU, requerendo a anulação da sentença em virtude do não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) ao acusado, pelo *Parquet* Militar, na forma prevista pelo art. 28-A do CPP comum.

A Defesa alega também que o apelante possui o direito subjetivo ao referido instituto, porquanto ostenta a qualidade civil e que a inaplicabilidade do Acordo de Não Persecução na Justiça Militar viola o princípio da isonomia.

Todavia, carece de amparo legal o pleito defensivo, mormente inexiste previsão legal de aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal aos feitos em trâmite nesta Justiça Castrense.

Prevê o art. 28-A do CPP comum que:

> Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, **o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal (ANPP)**, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (...). (Grifo nosso).

Ressalte-se que o legislador, ao inserir esse instituto no âmbito no processo penal comum, através da Lei nº 13.964/2019 (Pacote anticrime), manteve-se em silêncio quanto à incidência do ANPP na Justiça Militar. Assim, observa-se que não se trata de uma mera omissão acidental, mas sim do que a doutrina costuma chamar de silêncio eloquente, capaz de afastar a aplicação do benefício aos processos em curso nesta Justiça especializada.

Nesse sentido, torna-se importante ressaltar que a opção legislativa pela não aplicação do Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar encontra-se assentada na "Justificação" do Projeto de Lei nº 10.372/2018, que originou a Lei nº 13.964/2019, conforme se observa, *in verbis:*

> JUSTIFICAÇÃO
>
> (...) Hoje, há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas.
>
> Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas.
>
> Para tanto, **indica-se** a adoção de **"acordos de não persecução penal"**, criando nas hipóteses de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça a figura do acordo de não persecução penal, por iniciativa do órgão do Ministério Público e com participação da defesa, submetida a proposta à homologação judicial.
>
> (...)
>
> **Excluem-se da proposta** os crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os crimes hediondos ou equiparados**, os crimes militares** e aqueles que envolvam violência doméstica ou cometidos por funcionário público contra a administração pública. (...)
>
> (https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ED806924050A145A8DAF52CA5133D22D.proposicoesWebExterno2?codteor=1666497&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. (Grifos nossos).

Nessa senda, registre-se que, antes mesmo da entrada em vigor da referida modificação no Código de Processo Penal, o Conselho Nacional do Ministério Público, de forma inédita, tinha estabelecido balizas para a aplicação do referido instituto e, nos termos da Resolução nº 183/CNMP, de 24/1/2018, vedou a aplicação do ANPP aos crimes praticados por militares que atentassem contra a hierarquia e a disciplina militares, como é o caso dos autos.

Igual posicionamento adotou o MPM, ao dispor sobre os procedimentos de investigação criminal na seara castrense, na Resolução nº 101-CSMPM, de 26/9/2018, que veda a aplicação do Acordo aos crimes militares definidos pelo art. 9º do CPM, **independentemente de o infrator ser civil ou militar**.

Dessa forma, ao contrário do que afirmou a Defesa, a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal não se consubstancia em um direito subjetivo do réu, sendo uma faculdade do Ministério Público oferecê-lo, se entender que é o caso, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 28-A do CPP e não seja vedado pelas Resoluções citadas acima.

Assim, a inaplicabilidade desse instituto na seara castrense não viola o princípio da isonomia ou da igualdade, como tenta fazer crer a DPU, uma vez que a Justiça Militar possui regramento específico, que não foi alterado pela Lei nº 13.964/2019 (Lei do pacote anticrime), principalmente pela preponderância do Princípio da Especialidade, tendo em vista a notável proteção aos bens jurídicos tutelados pela legislação castrense, sobretudo a hierarquia e a disciplina militares.

Destarte, esse entendimento já foi exaustivamente discutido e reafirmado por este Tribunal e pelo Supremo Tribunal Federal em casos relativos à aplicação da Lei de Drogas na JMU. Nesse sentido, trago o seguinte julgado do STF, *in litteris*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. (...) INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "(...) 3. **Inobstante mais benéfica a Lei 11.343/2006 em relação ao usuário de substância entorpecente, esta Suprema Corte, em observância aos princípios da hierarquia e disciplina militares, reputa aplicável o art. 290 do CPM forte no critério da especialidade da norma.** 5. Ordem denegada. (**HC nº 123.190, Ministra ROSA WEBER, julgado em 2/6/2015). (Grifo nosso).**

Nessa toada, também são os ensinamentos do ilustre doutrinador GUILHERME DE SOUZA NUCCI sobre o Princípio da Especialidade:

> (...) Princípio da especialidade: em confronto com a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), prevalece o disposto no art. 290 do Código Penal Militar, em face do critério da especialidade. (...). **O Contexto militar demanda uma rigorosidade excepcional, não se podendo admitir a benignidade idealizada pela legislação penal comum,** ao menos no tange ao referido art. 28. **(Código Penal Militar Comentado, 2ª Edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, págs. 443/444).** (Grifo nosso).

Ademais, é cediço que as disposições constantes na legislação processual penal comum só se aplicam aos feitos em trâmite na Justiça Militar, de forma subsidiária, quando houver omissão no CPPM, de acordo com o seu art. 3º, o que não se observa no presente caso.

Além disso, há que se destacar a impossibilidade de se mesclar o regime processual comum com o regime processual castrense, mediante o recorte de partes mais benéficas de cada um deles.

Por fim, cumpre destacar o trecho da r. Sentença *a quo*, que, de forma fundamentada, refutou a incidência do referido instituto nesta Justiça especializada, *in verbis*:

> (...) Não merece ser acolhida, também, a segunda preliminar trazida pela nobre Defesa, quando requer a aplicação do acordo de não persecução penal, trazido pela Lei 13.964/19, que alterou o artigo 28-A do CPP **e, assim se entende, pelo fato de o legislador inovador, quando tratou do assunto, deixou de fazê-lo em relação ao Código de Processo Penal Militar**. (Grifo nosso).
>
> Logo, a interpretação não pode ser outra senão a de que não quis fazê-lo porque quando quis a ele se referir, o fez expressamente no seu art. 18, ao alterar o art.16 do CPPM para acrescentar a alínea A, que trata do sigilo do inquérito. **Em verdade, a "novatio legis" se traduz numa opção de política criminal adotada pelo legislador penal pátrio que cria um verdadeiro negócio jurídico entre o Órgão Ministerial e o envolvido**. Assim, por certo, incompatível com a natureza da legislação adjetiva castrense, que tem índole especial. (Grifo nosso).
>
> Cabe, ainda, ressaltar que o processo penal militar é o instrumento constitucional, pelo qual se viabiliza a aplicação da lei substantiva castrense, com mira nos princípios da Hierarquia e Disciplina Militares, fundamentais para a existência das Forças Armadas e o cumprimento de sua missão constitucional prevista no art. 142 (da CF/88). (...). (evento 1, doc. 4).

Ante o exposto, rejeito a presente preliminar defensiva por falta de amparo legal.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PELA NÃO APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, PREVISTA NA LEI Nº 9.099/95

A DPU pugna, ainda, pela nulidade da sentença, aduzindo que o apelante possui direito subjetivo à suspensão condicional do processo, em virtude da inconstitucionalidade parcial do art. 90-A, prevista na Lei nº 9.099/95, por violação ao princípio da isonomia.

No entanto, o pleito defensivo não merece prosperar, porquanto não há como aplicar essa Lei no âmbito da Justiça Militar, visto que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não tendo nada a ver com a legislação, os valores e os costumes castrenses.

Aliás, o próprio art. 90-A da Lei nº 9.099/95 expressamente prevê a sua não aplicação na esfera desta Justiça Especializada. Nesse sentido, tem sido a posição dominante desta Corte de Justiça, *in verbis:*

> (...) Com relação à incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95**, igualmente, esta norma não é aplicável no âmbito desta Justiça Especializada por força da vedação legal contida no seu art. 90-A. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Plenário do Superior Tribunal Militar.** (...) Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão por unanimidade. **(Apelação nº 7001325-34.2019.7.00.0000, Ministro Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO, Julgamento em 5/3/2020).** (Grifo nosso).

Igual entendimento possui o plenário do STF, que considerou constitucional a proibição da aplicação dessa nominada Lei aos crimes militares *in verbis:*

> EMENTA: PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. DESERÇÃO - CPM, ART.187. CRIME MILITAR PRÓPRIO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO ART. 90-A, DA **LEI N. 9.099/95 – LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS. INAPLICABILIDADE, NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR**. CONSTITUCIONALIDADE, FACE AO ART. 98, INCISO I, § 1º, DA CARTA DA REPÚBLICA. (...). **O art. 90-A, da n. 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com a redação dada pela Lei n. 9.839/99, não afronta o art. 98, inciso I, § 1º, da Carta da República no que veda a suspensão condicional do processo ao militar processado por crime militar**. *In casu*, o pedido e a causa de pedir referem-se apenas a militar responsabilizado por crime de deserção, definido como delito militar próprio, não alcançando civil processado por crime militar. *Obiter dictum*: inconstitucionalidade da norma que veda a aplicação da Lei n. 9.099 ao civil processado por crime militar. Ordem denegada. (**HC nº 99.743, Ministro MARCO AURÉLIO, Decisão em 6/10/2011).** (Grifos nossos).

Por fim, tal entendimento também resta assentado nesta Egrégia Corte por meio do enunciado de Súmula nº 9, *in verbis*:

> **A Lei nº 9.099**, de 26/9/95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, **não se aplica à Justiça Militar da União.** (Grifos nossos).

Pelo exposto, rejeito a preliminar defensiva por falta de amparo legal.

PRELIMINAR DEFENSIVA DE NULIDADE DO PROCESSO PELA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Persevera a DPU, em seu desiderato, pleiteando a anulação do processo devido à realização da audiência de julgamento pelo sistema de videoconferência por acreditar que houve prejuízo à defesa de seu assistido pela não realização de sustentação oral em plenário, o que, segundo ela, afronta os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, a exemplo das outras teses, essa igualmente não merece prosperar.

É de sabença geral que a instrução processual deve ser feita, em regra, de forma presencial. No entanto, em virtude das restrições impostas pela pandemia da COVID-19, a realização de atos processuais foi vedada pela Resolução nº 314, do CNJ, de 20/4/2020, nos termos do seu art. 3º, *in verbis:*

> Art. 3º Os processos judiciais e administrativos em todos os graus de jurisdição, exceto aqueles em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no âmbito da Justiça Eleitoral, que tramitem em meio eletrônico, terão os prazos processuais retomados, sem qualquer tipo de escalonamento, a partir do dia 4 de maio de 2020, **sendo vedada a designação de atos presenciais. (Grifo nosso)**.

Nesse ínterim, a Portaria nº 61, de 31/3/2020, do CNJ, trouxe a possibilidade da realização das audiências judiciais por meio de videoconferência, *in verbis*:

> O Presidente do CNJ resolve:
>
> (…)
>
> Art. 1º **Instituir a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19**.
>
> Parágrafo único. O uso da Plataforma é facultativo aos tribunais e não exclui a utilização de outras ferramentas computacionais que impliquem o alcance do mesmo objetivo. (Grifo nosso).

Assim, não se vislumbra qualquer prejuízo pela não realização de sustentação oral em plenário, ou nulidade na realização do referido ato por meio do Sistema de Videoconferência, porquanto a Audiência, com

sustentação oral, foi realizada em consonância com o disposto nas Resoluções do CNJ e na Resolução nº 275, de 2/4/2020, deste Eg. Tribunal, a qual previu, nos seus arts. 8º e 11º, o seguinte:

> (…) **Art. 8º Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas no RISTM, fica facultado à Procuradoria-Geral de Justiça Militar, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos peticionar ao Ministro-Presidente e juntar as respectivas sustentações por meio eletrônico em até 1 (um) dia útil após a publicação da pauta**.
>
> Parágrafo Único. Após a juntada da sustentação oral, quem figurar no outro polo da demanda terá o prazo de até 1 (um) dia útil para, por meio eletrônico, contraditá-la. (alterado pela Resolução nº 281, de 6/5/2020).
>
> (…)
>
> Art. 11. A primeira instância da JMU deverá disciplinar a realização dos julgamentos nos respectivos Juízos para se adequar à situação de pandemia causada pelo novo Coronavírus, observando eventuais orientações emanadas da Corregedoria. (Grifo nosso).

Cabe destacar, ainda, que a realização de Audiência por meio de videoconferência encontra amparo legal, não só na Resolução nº 314 do CNJ, e na Resolução nº 275 do STM, editadas em virtude da situação extraordinária ocasionada pela pandemia da COVID-19, mas também no art. 185, § 2º, do CPP comum, e nas Resoluções do Superior Tribunal Militar nº 202/2014 e nº 224/2016, que especificam a matéria no âmbito desta Justiça Especializada, tratando sobre a instrução criminal e o Sistema de Audiências por Videoconferência (SAV).

Assim, observa-se que o Magistrado de origem agiu corretamente ao remarcar a Audiência de julgamento do acusado e determinar sua realização por meio do sistema de videoconferência, com vistas a compatibilizar as medidas restritivas, destinadas à contenção desta terrível patologia, que assola o país (Sars-COv-2), no intuito de dar continuidade à prestação jurisdicional.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal, *in verbis:*

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PANDEMIA COVID-19. AÇÃO PENAL MILITAR. ATOS PROCESSUAIS PRESENCIAIS E PRATICADOS REMOTAMENTE. SUSPENSÃO. REGIME DE PLANTÃO EXTRAORDINÁRIO DO JUDICIÁRIO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 1. **Em razão da pandemia do COVID-19 que assola o País e o mundo, o Conselho Nacional de Justiça implementou medidas de padronização das condutas na seara judicial, considerando a natureza essencial dessa atividade jurisdicional e a necessidade de se assegurar condições mínimas para sua continuidade, compatibilizando-a com a preservação da saúde de magistrados, servidores, agentes públicos,**

> **advogados e usuários em geral. 2. Não há motivos que ensejam a suspensão das providências que podem ser adotadas por meio eletrônico, pois são as previstas e implementadas no período de normalidade institucional**. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime. (**Habeas Corpus nº 7000245-98.2020.7.00.0000, Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Julgamento em 4/6/2020.) (Grifo nosso).**

De mais a mais, a realização de Audiências de forma remota encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, *in verbis:*

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CAPITULADO NO ART. 290 DO CPM. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS MINISTERIAIS POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA E MEDIANTE PARTICIPAÇÃO DE ÓRGÃOS EXTERNOS À JUSTIÇA MILITAR. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL PRATICADO PELO JUÍZO DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. I - **Não configura constrangimento ilegal a medida tomada pelo magistrado dirigido à realização de inquirição de testemunhas para instrução do processo por meio de videoconferência, com amparo na legislação constitucional e infraconstitucional, em observância ao princípio da razoável duração do processo e as garantias processuais asseguradas à defesa do acusado**. II - A legislação *interna corporis* que trata da realização de audiências por videoconferência, quando envolver órgãos externos, tem como suporte de validade, basicamente, o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, a Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, e o art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, aplicados subsidiariamente ao processo penal militar, por força do art. 3º, alínea "a", do CPPM. Ordem de habeas corpus denegada. Decisão unânime. (**Habeas Corpus nº 0000018-38.2017.7.00.0000. Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, Julgamento em 14/2/2017). (Grifo nosso**).

Continua a Defesa, aduzindo que a disciplina da matéria pelo CNJ afronta o princípio da separação dos poderes, já que cabe ao legislativo a edição de leis penais e processuais penais.

Entretanto, mais uma vez, a DPU ignora a situação de excepcionalidade pela qual passa o país e lança mão de argumentos sem qualquer fundamento jurídico, com toda vênia.

A competência do CNJ para disciplinar questões *interna corporis* do Judiciário, aí se incluindo a realização de audiências e demais atos processuais, encontra respaldo no art. 103-B, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, que conferiu àquele Órgão a atribuição de controlar a atuação administrativa dos magistrados por meio da edição de atos regulamentares, como efetivamente fez com a edição das Resoluções nº 314 e nº 318, que tratam sobre as medidas de enfrentamento da pandemia da COVID-19.

Nesse conspecto, chama a atenção que, quando o CNJ atuou com a expedição da Resolução nº 213, de 15/12/2015, que dispõe sobre a realização da audiência de custódia, a DPU jamais se insurgiu ou questionou a sua validade, pelo menos não se tem notícia de algo nesse sentido. Ao contrário, o Órgão Defensivo sempre defendeu a sua aplicação nesta Justiça Especializada, o que demonstra, com a máxima vênia, um evidente comportamento contraditório diante de situações parecidas, em que o CNJ, no auge de seu mister, edita Resoluções para disciplinar os mais diversos tipos de situações, em que é chamado a se pronunciar.

Por fim, a DPU questiona a escolha do aplicativo "zoom" para a realização do ato processual de forma virtual na Audiência, aduzindo que pairam dúvidas acerca da sua segurança e confiabilidade.

Contudo, tal argumento, da mesma forma, não merece guarida, já que a Defesa não logrou êxito em apontar, com clareza e de forma inquestionável, quais inconsistências ou falhas de segurança teriam ocorrido, apenas se atendo a matérias jornalísticas pretéritas, o que é muito pouco, com toda vênia.

Além do mais, conforme se observa no evento 245, a Audiência foi realizada sem qualquer interferência ou falha de segurança – como muitas realizadas nas diversas Auditorias Militares espalhadas pelo País, durante essa pandemia, garantindo, dessa forma, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Como é cediço, os próprios tribunais superiores, inclusive esta Corte de Justiça, da mesma forma, vem realizando julgamentos por meio de videoconferência nesse período de pandemia desde meados do ano passado.

Enfim, a realização do referido ato pelo sistema de videoconferência em nada influenciou para a apuração da verdade dos fatos ou decisão de mérito, não havendo que se falar, portanto, em nulidade do referido procedimento processual, *ex vi* do art. 499 do CPPM:

> "Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa", bem como do art. 502 do mesmo Diploma Processual: "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa".

Por todo o exposto, rejeito a preliminar defensiva de nulidade pela realização de audiência por videoconferência por falta de amparo legal.

MÉRITO

No mérito, a DPU requereu a absolvição do apelante com fundamento no art. 439, alínea "b", do CPPM, ante a ausência de dolo em sua conduta, já que seu assistido não tinha a intenção de se apropriar do notebook, mas sim descobrir o dono para devolvê-lo.

Pugnou, ainda, pela desclassificação do delito para infração disciplinar, nos termos do art. 240, §§ 1º e 2º, do CPM, aduzindo que o apelante restituiu a coisa antes da instauração da Ação Penal, e, por fim, de forma subsidiária, pediu para que fosse considerada a redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços), prevista, igualmente, no art. 240 supra, bem como a aplicação das atenuantes previstas no art. 72, incisos I, II e III, alínea "b", do CPM, ante a restituição da *res*, a menoridade e o histórico militar do Réu (evento 264).

Contudo, não assiste razão à Defesa.

In casu, o apelante foi condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no crime militar de furto (art. 240, *caput*, do CPM) por ter subtraído, de dentro do alojamento do Colégio Naval, um notebook, que estava no armário do aluno Gabriel Teixeira de Andrade Silva.

Trata-se de crime militar contra o patrimônio, que visa tutelar a propriedade, a detenção e a posse do bem subtraído e se consuma quando a coisa é retirada da esfera de vigilância da vítima pelo transgressor, que age com a intenção de se assenhorar da *res*, ou seja, no momento em que o proprietário não pode mais exercer os atos referentes a sua posse, como aconteceu no caso em exame, senão vejamos.

O réu consumou o crime no instante em que retirou o notebook do armário do ofendido (esfera de disponibilidade da vítima) e o levou consigo para fora da Unidade Militar, permanecendo, de forma mansa e pacífica, na posse da *res furtiva*.

Nesse sentido é a Jurisprudência desta Corte:

> **(...) <u>Vigora no ordenamento jurídico pátrio a teoria da inversão da posse, por meio da qual se considera que o crime de furto se consuma quando o bem jurídico é retirado da esfera de posse e disponibilidade da vítima, ainda que por curto espaço de tempo, ingressando na livre disponibilidade do agente, sendo prescindível o fato de que não tenha sido alcançada a posse tranquila</u>. (Apelação nº 0000097-07.2015.7.02.0202, Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Julgamento em 2/2/2017).** (Grifo nosso).

A autoria do delito restou cristalinamente demonstrada pelos depoimentos do Ofendido, das testemunhas, e do próprio acusado, tanto na fase inquisitorial, como na judicial.

A materialidade ficou caracterizada, igualmente, pelos depoimentos de testemunhas e do réu, bem como pelo Laudo de avaliação do aparelho.

Observa-se, assim, que o conjunto probatório colacionado aos autos demonstra, de forma inequívoca, que o ex-militar agiu de forma livre e consciente, ao subtrair o notebook do armário do aluno Gabriel, quando estava fazendo faxina no alojamento.

A alegação do réu de que pegou o notebook, que estava em um armário vazio, visando descobrir quem era o dono não se sustenta. Como também não é crível o argumento do então soldado de que pegou a mochila com o equipamento no "intuito de não atrasar a saída dos militares, para que ninguém saísse prejudicado e devolveria quando descobrisse quem era o dono".

Ora, fica difícil acreditar nessa versão, pois quem entregou o aparelho no Colégio Naval foi a mãe de sua então namorada, que desconfiou da conduta do acusado.

Se realmente essa era a intenção do réu, teria procurado seus superiores hierárquicos e entregado a mochila, e não retirado o objeto do quartel e a levado para casa da namorada.

Até porque o acusado sabia que o procedimento correto seria procurar o escalão superior para entregar o notebook, como ele próprio afirmou em seu interrogatório: *"que havia um ordenamento que o obrigava a entregar objetos achados"*.

Além do mais, com a mera inicialização do notebook, já se constataria que o equipamento era de um aluno do Colégio Naval por causa da foto na área de "login", conforme se observa nos seguintes trechos do depoimento das testemunhas:

- civil LUANA LINS DE PAULA GOMES, à época namorada do réu, que informou:

> **Relatou que era necessário desbloquear o equipamento, tendo em vista que eles já teriam informação, depois de terem visto uma foto no aparelho** (...); (Grifo nosso).

- CF Gilson Nunes Machado, o qual afirmou:

> De acordo com o relato da Sra. Luciana, a testemunha disse que o funcionário, ao ligar o *notebook*, **verificou que havia uma foto de um aluno do Colégio Naval. A partir de então, esse funcionário não mexeu mais no notebook e devolveu o equipamento à Sra. Luciana, que ao perceber que havia algo estranho, ligou para ele e relatou o ocorrido.**

Então, dúvidas não há de que o acusado tinha a intenção de se apossar do aparelho, que só foi restituído ao seu legítimo dono por circunstâncias alheias à vontade daquele, graças a iniciativa da Srª. LUCIANA, genitora da namorada do acusado.

Da mesma forma, os demais elementos probatórios coligidos nos autos, em especial a prova testemunhal, só reforçam a presença de dolo na conduta do apelante, que, como se vê, não tinha a menor intenção de encontrar o proprietário do equipamento, a fim de restituí-lo, mas sim assenhorar-se do objeto de forma sorrateira, o que quase conseguiu.

Acrescente-se, ainda, o fato de o acusado procurar o Aluno Gabriel, dono do notebook, após o ocorrido, no intuito de pedir que este mentisse para seu superior hierárquico e afirmasse que esqueceu o aparelho em um ônibus, conforme se observa no seguinte trecho do depoimento do referido Ofendido:

> **que o réu o procurou dizendo que teria a intenção de devolver o notebook e pediu que ele mentisse para o seu comandante de companhia, dizendo que teria encontrado o notebook em um ônibus, o que não foi aceito pelo ofendido (...).** (Grifo nosso).

Dessa forma, não restam dúvidas de que o apelante incorreu em crime militar, ao subtrair um bem pertencente a outrem no interior da OM em que servia, além de, com seu comportamento delituoso, atingir de forma significativa os valores, os princípios e os pilares sobre os quais se sustentam as Forças Armadas, pois, ao agir assim, maculou o senso de companheirismo e de camaradagem, além da hierarquia e da disciplina.

Quanto ao pleito defensivo de desclassificação da conduta para infração disciplinar, com fundamento no art. 240, § 2º, do CPM, igualmente não merece prosperar.

O referido dispositivo consagra a figura do furto atenuado, que possibilita a conversão da pena privativa de liberdade em infração disciplinar, desde que o infrator seja primário, a coisa furtada seja de pequeno valor e ocorra a restituição do objeto subtraído antes da instauração da ação penal.

Nesse período, malgrado o réu seja primário, torna-se inviável essa conversão, tendo em vista que o acusado foi licenciado da Força Naval. Além do mais, não houve a devolução da *res furtiva* pelo acusado, já que a restituição do notebook foi feita pela mãe da ex-namorada dele ao CF GILSON NUNES MACHADO, que, por sua vez, entregou o objeto ao Comandante do Colégio Naval, conforme se observa no depoimento do nominado Oficial em Juízo:

> (...) A Sra. Luciana, ao perceber que havia algo estranho, ligou para ele e relatou o ocorrido. **A testemunha, então, deu a orientação de que o notebook fosse levado para a Escola Naval para ser entregue ao Comandante do Colégio Naval, o que foi feito**. **A testemunha informou que entregou a mochila com o notebook ao Comandante o Colégio Naval, o qual, ao ligar o equipamento diante da testemunha, percebeu tratar-se realmente de um aluno daquele colégio, que, inclusive, foi chamado naquele momento para identificar o aparelho**. Por fim, a testemunha acrescentou que a Sra. Luciana relatou para ele, que o réu teria contado a ela que achou a mochila com o notebook em um ônibus. (evento 130, vídeos 4-6 da APM). (Grifo nosso).

Outrossim, sabe-se que não se deve considerar o valor do objeto furtado *in tela,* entre R$ 1.699,00 (mil seiscentos e noventa e nove reais) e R$ 1.999,00 (mil novecentos e noventa e nove reais), como de pequeno valor.

Pelo contrário, essa quantia, comparada à remuneração de um soldado, torna-se bastante relevante, o que só evidencia a reprovabilidade do comportamento do acusado, bem como o elevado grau de ofensividade em sua conduta, impedindo, dessa forma, a aplicação do princípio da insignificância e a consequente conversão da conduta em infração disciplinar, caso essa mudança fosse possível no contexto que ora se analisa.

Nesse caminhar, tem sido a jurisprudência desta Corte, *in verbis:*

> (…) **Não prospera a tese da insignificância quando o valor da coisa furtada perfaz um montante significativo em face do patrimônio da vítima e sua capacidade financeira. Ademais, a lesão ao bem jurídico foi expressiva e a reprovabilidade da conduta, acentuada, quando considerados os valores de confiança e lealdade que devem presidir a convivência entre militares em caserna. Revela-se inviável a pretensão defensiva de transmudar o delito para infração administrativa, nos termos do § 1º do art. 240 do CPM, uma vez que tal medida se traduziria em impunidade, visto que o acusado já foi desligado da Força (a bem da disciplina) e, doravante, seria incogitável cumprir sanção disciplinar no quartel.** Autoria e materialidade demonstradas à exaustão. Apelo ministerial provido por decisão unânime. (...). (**Apelação nº 0000051-73.2015.7.04.0004, Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, Julgamento em 4/11/2016).** (Grifo nosso).

De igual forma, não merece melhor sorte o pleito defensivo de reconhecimento do furto atenuado previsto no § 1º do art. 240 do CPM, com a consequente redução da pena no patamar de 2/3 (dois terços), pelos mesmos fundamentos apresentados alhures, já que resta igualmente inviável aplicar o princípio da insignificância ao caso em espécie, tendo em vista a ofensividade da conduta do apelante, o grau de reprovabilidade social e o valor do objeto subtraído.

Por fim, quanto ao pedido de reforma na dosimetria da pena, para que sejam consideradas as atenuantes do art. 72, incisos, I, II e III, alínea "b", do CPM, em virtude da suposta restituição da *res furtiva*, a menoridade e o histórico militar do Réu, nada há de ser reparado no decreto condenatório.

Como já afirmado acima, o apelante não restituiu o notebook ao ofendido, e, em virtude de seu comportamento criminoso, o histórico militar não pode ser considerado meritório. Ademais, não obstante a presença da menoridade, a incidência de circunstância atenuante não pode resultar em uma reprimenda abaixo do mínimo legal abstratamente cominado ao delito.

Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte Superior, a exemplo de quando julgou a **Apelação nº 0000017-05.2014.7.05.0005, Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, Julg. em 2/2/2016**, que está em

consonância com o **enunciado da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça**, a qual dispõe: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Há, ainda, o pedido de prequestionamento ao final das razões do recurso. Contudo, nenhuma das matérias trazidas no presente apelo constitui mácula aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, pelas razões já abordadas linhas atrás, tendo sido respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da individualização da pena, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, delineados todos os elementos constitutivos do crime de furto, tipificado no art. 240, *caput*, do CPM, e comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, bem como não havendo qualquer causa excludente de ilicitude, culpabilidade ou extintivas de punibilidade, a manutenção do decreto condenatório é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao Apelo defensivo, para manter inalterada 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 por videoconferência, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do extrato da Ata de Julgamento, **por unanimidade**, em não conhecer da preliminar defensiva de nulidade da sentença, ante a incompetência do Conselho de Justiça para julgar ex-militar, por falta de amparo legal, eis que a matéria já está acobertada pela coisa julgada; por **unanimidade,** em rejeitar a segunda preliminar defensiva de nulidade da Sentença pela não aplicação do art. 28-A do CPP – Acordo de Não Persecução Penal, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em rejeitar a terceira preliminar defensiva de nulidade pela não aplicação da Suspensão Condicional do Processo, prevista na Lei nº 9.099/95, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em rejeitar a quarta preliminar defensiva de nulidade do processo pela realização de audiência por videoconferência por falta de amparo legal. E, **no mérito**, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo defensivo, para manter inalterada a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 25 de maio de 2021 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 7000804-55.2020.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Celso Luiz Nazareth.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: José Eduardo de Castro.

Advogado: Defensoria Pública da União.

Apelado: Ministério Público Militar.

EMENTA

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. ATIPICIDADE DA CONDUTA. QUANTIDADE ÍNFIMA DE DROGA. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PERIGO EFETIVO DE LESÃO. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA PROPORCIONALIDADE. NÃO APLICABILIDADE. CRUELDADE DA PENA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NÃO APLICABILIDADE. INCONVENCIONALIDADE DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO ACOLHIMENTO. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. NÃO APLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. RECURSO NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. UNANIMIDADE.

1. A conduta típica de trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, transportar ou realizar qualquer dos núcleos verbais contidos no art. 290 do CPM caracteriza situação potencialmente grave à segurança orgânica das Instituições Militares, com reflexos danosos ao preparo e ao emprego dos efetivos militares, maculando de forma objetiva e irremediável a Hierarquia e a Disciplina militares. 2. O uso e o porte de drogas ilícitas, na caserna, mostram-se, absolutamente, prejudiciais à salvaguarda e à incolumidade não só dos militares, na ambiência de suas respectivas organizações, mas também da sociedade civil. 3. Não se admite, no âmbito da Justiça Militar da União, a aplicação do Princípio da Insignificância. A presença de militares em atividade sob o efeito de drogas não se coaduna com a eficiência, com os valores e com os princípios constitucionais basilares das Forças Armadas. 4. O advento da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, não modificou o caráter especial do CPM, restando incontroversa a compatibilidade do art. 290 do referido Código com a Constituição, inclusive com relação a pena prevista no referido tipo penal. 5. Tal dispositivo legal foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, e tanto a doutrina como a jurisprudência são pacíficas em afirmar sua compatibilidade com as

convenções internacionais. 6. Deve prevalecer o critério da especialidade da norma penal castrense na medida em que a novel legislação de drogas não revogou nem promoveu alteração na redação do art. 290 do CPM, bastando, para tanto, o exame do art. 75 do citado Diploma. Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Cezar Luis Rangel Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União, para manter na íntegra a Sentença condenatória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Celso Luiz Nazareth.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel e Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 15/4/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União (DPU), objetivando a reforma da Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército (CPJ) da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que, por unanimidade, condenou o ex-Soldado do Exército JOSÉ EDUARDO DE CASTRO à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 290, *caput*, do Código Penal Militar (CPM), concedendo-lhe a suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos, bem como o direito de apelar em liberdade.

Narra a Exordial Acusatória, *in verbis*:

> (...) No dia 08 de setembro de 2019, por volta das 15 horas e 50 min, no interior do 3º Batalhão de Engenharia de Combate (3ª BE/1917), em Cachoeira do Sul/RS, o Soldado EV 842 José Eduardo De Castro foi flagrado (APF - evento 1, 1-P FLAGRANTE, fls. 5-8) trazendo consigo, para uso próprio, dentro de uma carteira de cigarro, marca Bill, uma substância vegetal prensada, acondicionada em um saco plástico verde (evento 1, 3-P FLAGRANTE, fl. 33) e, no interior de uma caixa de fósforo, marca Paraná, 1 (um) cigarro artesanal, parcialmente combusto, contendo substância vegetal enrolada em papel de seda (evento 1, 3-P FLAGRANTE, fl. 34), substâncias estas cuja massa total é de aproximadamente 4,3 (quatro gramas e três decigramas), as quais depois de examinadas, constatou-se tratar de

Cannabis sativa L., popularmente conhecida como "maconha", tal como demonstram o termo de apreensão(evento 1, 3-P FLAGRANTE, fl. 32) e o laudo de exame preliminar de constatação (evento 1, 2-PFLAGRANTE, fls. 24-26). Nessa ocasião, ainda, trazia consigo, dentro da referida carteira de cigarros 20 (vinte) papéis de seda. Consta nos autos que, no dia e local acima indicados, o Sd EV Kunrath Félix, que estava de plantão à Companhia de Engenharia de Pontes (CEP), procurou o Sd De Castro na Companhia, tendo em vista que o mesmo iria entrar no quarto dehora. Não o encontrando, foi informado pelo Sd Anselmo que o denunciado estava na garagem, ocasião em que se deslocou até a garagem e gritou visando acordar o Sd De Castro, que se encontrava dormindo nesse local. Ocorre que, o 3º Sargento Rodrigo Oliveira da Silva, que estava realizando a ronda diurna, ouvindo os gritos, dirigiu-se até a garagem, onde encontrou o denunciado saindo do recinto, momento em que lhe perguntou o que estava fazendo na garagem, tendo o Sd De Castro respondido que estava dormindo. Ato contínuo, estranhando o fato de o Sd EV 842 De Castro se encontrar, naquele horário, dormindo na garagem, levou-o até o saguão da Companhia de Engenharia de Pontes (CEP), passando a proceder uma revista em toda guarnição de serviço da Companhia, sendo que cada militar retirou os materiais que guardavam em suas fardas. Assim, chegado o momento da revista no denunciado, este retirou de seu bolso, além do seu celular e papel higiênico, sua carteira, uma caixa de fósforo e, por fim, uma carteira de cigarro, marca Bill, na qual estava um fragmento de substância aparentemente entorpecente, além de papéis de seda para enrolar cigarros. Diante disso, o 3º Sargento Rodrigo Oliveira da Silva acionou o Sargento de Dia, o Cabo de Dia da CEP e, posteriormente, o Oficial de Dia. Enquanto aguardavam a chegada do Oficial de Dia para a realização dos procedimentos necessários, relevante mencionar, o Sd EV De Castro se auto lesionou, inserindo uma pequena faca na região direita do pescoço, razão pela qual, após prestarem os primeiros socorros e estancarem o ferimento, conduziram-no até a emergência do Hospital de Caridade e Beneficência (HCB) de Cachoeira do Sul/RS. Consta ainda, que, ao ser indagado, no momento da lavratura do APF, sobre a origem e posse do material apreendido, o ora denunciado confirmou que as substâncias apreendidas são de sua propriedade e se tratam de maconha (evento 1, 1-P FLAGRANTE, fls. 7-8). Sendo assim, realizou-se a apreensão das substâncias encontradas na posse do denunciado (evento 1, 3-P FLAGRANTE, fl. 32), bem como a realização de laudo preliminar de constatação (evento 1, 2-P FLAGRANTE, fls. 24-26), o qual confirmou tratarem-se de "maconha" as substâncias submetidas a exame. Pelo exposto, evidencia-se que José Eduardo De Castro trazia consigo, para uso próprio, substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar, o que permite ter sua conduta por, objetiva e subjetivamente, típica, ilícita e reprovável, subsumindo-se ao art. 290, *caput*, com incidência da circunstância agravante da alínea "l" do inciso II do art. 70 (Escala constante de fl. 59 do documento 5 do Evento1), tudo do Código Penal Militar (...).

Consta nos autos, dentre outros, os seguintes documentos: Auto de Prisão em Flagrante (APF) nº 7000121-32.2019.7.03.0303 (Evento 1, Doc. 1 do APF); Auto de Exibição e Apreensão de Substância Entorpecente e seus anexos (Evento 1, Doc. 3, pág. 7 a 13); Laudo provisório (Evento 1, Doc. 2, pág. 12 e 13; e Evento 1, Doc. 3, pág. 1, do APF).

A Denúncia foi oferecida em 16/09/2019 e recebida em 18/09/2019 (APM, Evento 1, Doc. 1 e 2).

Iniciada a instrução processual, após o réu ter sido devidamente citado, foram ouvidas as testemunhas arroladas na Denúncia: o 3º Sgt RODRIGO OLIVEIRA DA SILVA; o Sd JULIAN KUNRATH FÉLIX; o Sd MATHEUS MAURER WEBER; e o 3º Sgt DIEGO GOMES TEIXEIRA. Na mesma sessão, a Defesa informou não ter testemunhas a arrolar, sendo o acusado qualificado e interrogado (APM, Eventos 22 e 23).

Na fase do artigo 427 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), o Ministério Público Militar (MPM) requereu a juntada de documentos aos autos, além do laudo definitivo das substâncias apreendidas (APM, Evento 32), o que foi cumprido (APM, Evento 44). O laudo definitivo foi novamente anexado aos autos, dessa vez com a devida assinatura digital do perito que o elaborou (APM, Evento 53, Doc. 2 e Evento 60).

A Defesa, no prazo e para os fins do art. 427 do CPPM, nada requereu (APM, Evento 40).

Na fase processual do art. 428 do CPPM, o MPM requereu a condenação do réu, nos termos da Denúncia (APM, Evento 68). Em suas alegações escritas, a DPU, por sua vez, requereu a sua absolvição (APM, Evento 71).

Na sessão de julgamento de 5/8/2020 (APM, Evento 122), o CPJ para o Exército, por unanimidade, decidiu julgar procedente o pedido formulado na denúncia para condenar o réu ex-Sd JOSÉ EDUARDO DE CASTRO como incurso no delito do artigo 290, *caput*, do CPM, fixando como definitiva a pena em 1 (um) ano de reclusão, detraído o dia que o Acusado passou em prisão cautelar (APM, Evento 128).

As partes foram regularmente intimadas da referida decisão (APM, Eventos 135 a 138).

A DPU interpôs recurso de Apelação que foi recebido em 3/9/2020 (APM, Evento 143).

Em suas Razões Recursais (AP, Evento 1, Doc 4), a DPU sustenta a absolvição do réu, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, sob a alegação de crime impossível, ante a ineficácia absoluta do meio empregado, tendo em vista a quantidade ínfima da droga apreendida.

Sustenta inexistir perigo efetivo de lesão, pugnando pela aplicação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade, bem como a inconvencionalidade do art. 290 do CPM, frente às Convenções Internacionais que dispõem sobre o uso indevido de drogas.

Na hipótese de este Tribunal decidir pela manutenção da condenação, a DPU requer a desclassificação da conduta do art. 290, *caput*, do CPM, para aquela descrita no art. 28, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, com a consequente aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Requer, em caso de condenação, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, na forma do art. 44 e §§ do Código Penal.

Pleiteia a devolução de uma faca apreendida com o Apelante e o prequestionamento constitucional da matéria tratada no presente feito, tomando por base os artigos 1º e 5º da CF/1988.

O MPM, em Contrarrazões (Evento 1, Doc 5), afirmando estarem comprovadas a autoria e a materialidade do delito, pugna pela manutenção do Decreto condenatório, no qual foram refutadas todas as teses defensivas, renovadas no presente Recurso de Apelação.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. CEZAR LUÍS RANGEL COUTINHO (Evento 6), opina pelo conhecimento e pelo desprovimento do Recurso, pugnando pela manutenção da Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo e, estando preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Trata-se de Apelação interposta pela DPU, em favor do ex-Sd Ex JOSÉ EDUARDO DE CASTRO, irresignada com a sentença prolatada pelo CPJ para o Exército da 3ª Auditoria da 3ª CJM, que o condenou, por unanimidade, à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 290, *caput*, do CPM.

Consta, nos Autos, que, no dia 8 de setembro de 2019, por volta das 15:50h, no interior do 3º Batalhão de Engenharia de Combate, em Cachoeira do Sul/RS, o então Soldado **JOSÉ EDUARDO DE CASTRO** foi flagrado trazendo consigo, para uso próprio, dentro de uma carteira de cigarro, "uma substância vegetal prensada, acondicionada em um saco plástico verde e no

interior de uma caixa de fósforo, um cigarro artesanal, parcialmente combusto, contendo substância vegetal enrolada em papel de seda, substâncias estas com massa total de 4,3 (quatro gramas e três decigramas)", as quais, depois de examinadas, foram identificadas como "maconha". (Evento, 1).

A materialidade do crime do art. 290, *caput*, do CPM restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante nº 7000121-32.2019.7.03.0303 (APF, Evento 1, Doc. 1); pelo Auto de Exibição e Apreensão de Substância Entorpecente e seus anexos (APF, Evento 1, Doc. 3, pág. 7 a 13); pelo Laudo provisório e pelo Laudo de Perícia Criminal definitivo nº 1212/2019 - SETEC/SR/PF/RS, este último elaborado pelo Departamento de Polícia Federal do Rio Grande do Sul (APM, Evento 53), que atesta que o material apreendido, devidamente periciado, apresentou resultado positivo para o princípio ativo tetraidrocanabinol (THC).

Portanto, inequívoca é a materialidade do delito previsto no art. 290, *caput*, do CPM que foi, suficientemente, comprovada por meio dos laudos periciais supracitados.

Quanto à autoria, igualmente não há dúvidas. Trata-se de Réu confesso que, no dia do flagrante, admitiu que trazia consigo substância entorpecente dentro de área sujeita à Administração Militar.

Além disso, os depoimentos prestados em Juízo foram uníssonos em confirmar os termos da Denúncia. Em especial, os depoimentos prestados pelas testemunhas 3º Sgt RODRIGO OLIVEIRA DA SILVA e pelo Sd EV JULIAN KUNRATH FÉLIX, responsáveis pela revista pessoal no Apelante, oportunidade em que a droga foi apreendida e posteriormente periciada.

Ademais, não há discussão quanto ao dolo que permeia a conduta do Réu, uma vez que, de maneira livre, voluntária e consciente, levou consigo a droga para o interior da Organização, sabendo que o fato configura crime.

Ressalte-se que as condutas descritas no referido art. 290 do CPM consistem em crime de mera conduta e de perigo abstrato. Dessa forma, para sua configuração necessário se faz apenas a presunção do perigo, não havendo necessidade da materialização do dano contra a incolumidade pública.

Assim, com razão o *Parquet* Castrense ao argumentar que o simples fato de o Apelante, livre e conscientemente, guardar substância entorpecente sob a administração militar, sabendo tratar-se de maconha, já se torna condição necessária e suficiente para a caracterização do tipo penal, independentemente de qual seja a intenção do agente.

Em que pese a extensa argumentação trazida pela Defesa do ora Apelante, suas teses não merecem prosperar, senão vejamos:

DO CRIME IMPOSSÍVEL ANTE A INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO EMPREGADO – QUANTIDADE ÍNFIMA DA DROGA

A alegada atipicidade da conduta em razão da quantidade "ínfima" de droga apreendida com o Apelante não tem sustentação neste Tribunal Superior, tendo em vista que trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, transportar ou realizar qualquer dos núcleos verbais do tipo incriminado do art. 290 do CPM caracteriza situação potencialmente grave à segurança orgânica das Instituições Militares, com reflexos danosos ao preparo e ao emprego dos efetivos militares, maculando de forma objetiva e irremediável a Hierarquia e a Disciplina militares, bases constitucionais e estruturantes das Forças Armadas, nos termos do art. 142 da Constituição da República.

Nesse sentido, manso e pacífico é o entendimento desta Corte Castrense, *in verbis*:

> EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ENTORPECENTES. CRIME MILITAR IMPRÓPRIO, DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO MILITAR. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. O delito de tráfico, posse ou uso de entorpecente, descrito no art. 290 do CPM, é crime militar impróprio, de mera conduta e de perigo abstrato, razão pela qual basta para a configuração a presunção do perigo para a reprimenda, não havendo a necessidade de se materializar o dano contra a incolumidade pública. Ocorre a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma do art. 290 do CPM o uso de substância entorpecente por militares em serviço, mesmo em pequenas quantidades, uma vez que prejudica e compromete a segurança pessoal, a dos companheiros de caserna e a das instalações militares, as quais são voltadas, entre outros fins, para a garantia da ordem social e da soberania do Estado democrático. A presença de militares em atividade sob o efeito de drogas não se coaduna com a eficiência, os valores e os princípios basilares das Forças Armadas, razão pela qual prevalece nesta Justiça Militar o princípio da especialidade, o que torna a aplicação da Lei nº 11.343/06 impossibilitada, inexistindo violação ao Princípio da Insignificância. Recurso Defensivo não provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000220-22.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) ODILSON SAMPAIO BENZI. Data de Julgamento: 18/06/2019, Data de Publicação: 28/06/2019).

Citam-se, ainda, os seguintes julgados: Apelação nº 7000174-33.2019.7.00.0000, de relatoria da Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (julgada em 18/06/2019); Apelação nº 7000080-85.2019.7.00.0000, de relatoria do Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ (julgada em 15/08/2019); Apelação nº 7000127-59.2019.7.00.0000, de relatoria do Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO (julgada em 21/08/2019).

DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ART. 290 DO CPM – AUSÊNCIA DE PERIGO EFETIVO DE LESÃO

A norma penal incriminadora do art. 290 do CPM objetiva não somente a tutela da incolumidade pública, mas também a disciplina militar que será sempre ofendida, por quando da consumação do referido delito, tratando-se de crime militar impróprio. Por esta razão, não haverá crime militar se as condutas descritas no tipo penal não ocorrerem em lugar sujeito à Administração Militar, ressalvadas as hipóteses do seu § 1º, conforme preleciona Jorge César de Assis[81].

Contemporizar condutas de militares da ativa, relacionadas ao porte, uso e transporte de drogas ilícitas, quartel e efetivos armados, mostra-se, absolutamente, prejudicial à salvaguarda e à incolumidade não só dos militares, na ambiência de suas respectivas organizações, mas também da sociedade civil, não se constituindo tal perigo num "mero exercício de ilação mental," como assevera o referido autor[82].

Tal assertiva justifica a razão pela qual este Tribunal Superior rechaça a aplicação do princípio da insignificância em se configurando o crime do art. 290 do CPM.

DA ABSOLVIÇÃO DO RÉU COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com jurisprudência firme desta Corte, não se admite, no âmbito da Justiça Militar da União, a aplicação do Princípio da Insignificância. Ora, a presença de militares em atividade sob o efeito de drogas não se coaduna com a eficiência, com os valores e com os princípios constitucionais basilares das Forças Armadas. Essa é a posição também ratificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. POSSE DE REDUZIDA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particulariza do portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia de relação jurídica que se instaura no

[81] ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência em tempo de guerra. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 828.
[82] Ibidem, p. 834.

> ambiente castrense é incompatível com a figura própria da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-profissional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que norma da como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito do Poder Executivo Federal. (STF - Habeas Corpus nº 104.923/RJ, Relator para o Acórdão o Ministro AYRES BRITTO, Plenário. Julgado em 26/10/2010. Publicado no DJe de10/2/2011).

No mesmo sentido: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 918.616/DF, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma (julgado em 03/11/2015); Habeas Corpus nº 123.190/DF, de relatoria da Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma (julgado em 02/06/2015); Habeas Corpus nº 119.458/AM, de relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma (julgado em 25/03/2014).

DA CRUELDADE DA PENA E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não há que se falar em crueldade da pena e suposta desconsideração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob o argumento de que a pena cominada para os delitos de posse e tráfico de entorpecente é a mesma (reclusão até 5 (cinco) anos).

Não compete ao Poder Judiciário a elaboração de leis ou as escolhas quanto aos bens e aos interesses merecedores da tutela penal, cabendo tal mister ao Poder Legislativo, por meio de seus membros elegidos, democraticamente, para tais propósitos dentre outros de não só menos importância.

Ao Estado Juiz cabem a interpretação e a aplicação da legislação, em conformidade com a Constituição da República, afastando, inclusive, a aplicação daquelas normas legais que lhe são incompatíveis, o que não é caso da hipótese presente.

Vale lembrar que o advento da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, não modificou o caráter especial do CPM, restando incontroversa a compatibilidade do art. 290 do referido Código com a Constituição, a saber:

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DPU. OMISSÃO QUANTO AO EXAME DA LEI Nº 13.491/2017. *NOVATIO IN MELLIUS*. INOCORRÊNCIA. INSTITUTOS DESPENALIZADORES DA LEI Nº 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS A QUE SE REJEITA. Não procede a alegação defensiva de que o advento da Lei nº 13.491/17 constitui "novatio in mellius". As alterações trazidas pela referida norma não modificam o caráter especial do CPM, apenas ampliam o rol das condutas consideradas crimes militares, não revogando ou derrogando as regras inerentes aos crimes militares, e respectivas sanções, previstas no Código Penal Militar. Assim sendo, tais modificações em nada beneficiam o Réu. O simples advento da nova lei não tem o condão de alterar o entendimento consolidado desta Corte Castrense sobre a não aplicação das penas alternativas previstas na Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06), ou do Princípio da Insignificância, a casos como o versado nos autos, eis que, incompatíveis com valores que norteiam a realidade do combate às drogas em ambiente militar, cujo porte e uso malferem a segurança e a integridade física intramuros e coloca em risco a higidez e a operacionalidade da tropa, necessárias ao atendimento das suas obrigações constitucionais. Ademais, o dispositivo do art. 290 do Código Penal Militar busca, além de garantir a repressão e a prevenção, assegurar a manutenção das bases estruturantes das Forças Armadas, quais sejam, os Princípios da Hierarquia e da Disciplina. Embargos de Declaração rejeitados. Decisão unânime. (Embargos de Declaração 7000118-68. 2017.7.00.0000. Relator: Exmo. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgamento: 20/03/2018. Publicação: 09/04/2018).

DA INCONVENCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM FRENTE AS CONVENÇÕES DA ONU

Tampouco merece prevalecer a tese de inconvencionalidade do art. 290 do CPM, para usuário de drogas, sob a justificativa de ser tal entendimento mais condizente com uma visão humanista e de política criminal. Tal dispositivo legal, como já dito anteriormente, foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, e tanto a doutrina como a jurisprudência são pacíficas em afirmar a sua compatibilidade com as convenções internacionais.

Vale ressaltar que as Convenções de Nova Iorque e de Viena não ostentam status constitucional, vez que, nos termos do § 3º do art. 5º da CF/1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, os tratados e as convenções sobre direitos humanos para serem equivalentes às emendas constitucionais demandam aprovação pelo Congresso Nacional, observado o quórum qualificado de três quintos dos seus membros e dupla votação em cada uma de suas respectivas Casas.

No caso concreto, aplica-se o Princípio da Especialidade, prevalecendo a norma contida no art. 290 do CPM sob tais tratados, conforme reiterada jurisprudência desta Corte:

> EMENTA: APELAÇÃO. ENTORPECENTE. PRELIMINAR DE INCONVENCIONALIDADE. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006 NA JMU. SÚMULA 14/STM. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. 1. As Convenções de Viena e de Nova Iorque não afastam a aplicação do art. 290 do CPM em virtude do regime especial a que se submetem as Forças Armadas, haja vista a compatibilidade do maior rigor penal da norma Castrense com a *Lex Magna*. Preliminar rejeitada. 2. A constatação de pequena quantidade de substância entorpecente não tem o condão de descaracterizar a tipicidade da ação delitiva, pois a conduta atinge bens jurídicos de relevo para a vida militar. 3. A jurisprudência deste Pretório Castrense é pela inaplicabilidade das regras contidas na Lei nº 11.343/2006 no âmbito desta Justiça Especializada. Incidência da Súmula14/STM. Apelo desprovido. Decisão unânime. (Apelação nº 7000940-23.2018.7.00.0000, Min. Rel. FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO,03/09/2019).

DA RECLASSIFICAÇÃO DO DELITO E DA DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO COMINADA AO USUÁRIO DE DROGAS DO ART. 290 DO CPM

A DPU pretende a reclassificação do delito e a cominação das medidas alternativas e despenalizadoras previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 ao Apelante em detrimento da sanção penal imposta, por decisão unânime do CPJ para o Exército da 3ª Auditoria da 3ª CJM.

O crime pelo qual o Réu foi condenado encontra perfeita adequação típica no art. 290, *caput*, do CPM, não se justificando, na hipótese presente, a aplicação da Lei nº 11.343/2006, em detrimento do CPM, sob pena de desrespeito ao princípio da especialidade e menoscabo aos interesses e aos bens jurídicos tutelados pela Lei Penal Castrense, conforme tem se manifestado, em diversas oportunidades, este Tribunal:

> EMENTA: APELAÇÃO. DPU. ART. 290 DO CPM. PORTE DE ENTORPECENTE (COCAÍNA) EM ORGANIZAÇÃO MILITAR. SAÚDE PÚBLICA, OFENSA AO BEM JURÍDICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TIPICIDADE RECONHECIDA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.343/2006. REJEIÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DECISÃO UNÂNIME. 3. Conforme a jurisprudência do STM e do STF, o civil ou o militar que porta substância entorpecente dentro de OM encontra especial repressão no art. 290 do CPM, restando afastada a incidência do Princípio da Insignificância. [...] 5. À luz da doutrina e da jurisprudência do STM, se o agente (civil ou militar) porta o entorpecente dentro de Organização

> Militar, descabe aplicar a Lei nº 11.343/06. 6. O art. 290 do CPM não pune o usuário, mas sim o agente que porta, ainda que para consumo próprio, entorpecente em área sob a Administração Militar. 7. Sentença condenatória mantida. Decisão unânime. (STM. Apelação 7000158-45.2020.7.00.0000. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. Julgado em 18.6.2020. Publicado em 29.6.2020);
>
> EMENTA: DEFESA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LEI Nº 13.491/17. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PORRESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DEPREVISÃO NO CPM. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. A jurisprudência é pacífica no sentido da impossibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, em função de a legislação penal militar não contemplar tal instituto e em razão da especialidade e da autonomia do Direito Penal Militar. Mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao Réu, é incompatível com o princípio da especialidade das leis. Apesar da Lei nº 13.491/17 ter alterado o art. 9º do Código Penal Militar, as alterações não modificam o caráter especial da legislação castrense. Recurso desprovido. Decisão por unanimidade. (STM. Recurso em Sentido Estrito 7000227-77.2020.7.00.0000. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgado em 22.5.2020. Publicado em 9.6.2020). (Grifo nosso).

Dessa forma, presentes a autoria e a materialidade do delito, e na ausência de qualquer excludente de culpabilidade e de ilicitude, é de ser mantida a condenação do ex-Sd Ex **JOSÉ EDUARDO DE CASTRO**, mostrando-se adequado o *quantum* da pena que foi aplicada pelo Juízo *a quo*.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União, para manter na íntegra a Sentença condenatória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 15 de abril de 2021 – Alte Esq Celso Luiz Nazareth, Ministro-Relator.

_____

APELAÇÃO Nº 7001457-91.2019.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Francisco Joseli Parente Camelo.

Relator para o acórdão: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelado: Cesar Augusto de Souza da Fontoura, Civil.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR (MPM). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). ESTELIONATO. REFORMA POR INVALIDEZ. SILÊNCIO MALICIOSO. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.

I - A reforma de ex-Soldado do Exército Brasileiro obtida judicialmente, diante de lesão sofrida no joelho durante treinamento físico militar, com proventos calculados com base em soldo de Terceiro-Sargento, nos termos do previsto no § 1º do art. 110 do Estatuto dos Militares, caracteriza-se pela impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho.

II - Ainda que não tenha havido intenção de fraude quando da interposição da Ação Judicial, a posterior alteração das condições físicas iniciais, a retomada da capacidade de trabalhar e se prover inviabilizam a manutenção da reforma por invalidez, por ausência de requisito legal básico para seu deferimento.

III - O comprovado exercício regular de atividade advocatícia é incompatível com a natureza do ato de reforma. Não se pode aceitar o auferimento de vantagem econômica indevida, mediante manutenção da percepção de valores a que não teria direito.

IV - O engodo em situações como essa é o próprio *silêncio malicioso*, com o intuito de continuar a receber vantagem indevida em face da recuperação da condição de saúde, com a manutenção da Administração Militar em erro, decorrente da omissão dolosa de informação relevante para afastamento do reformado da condição de inválido.

V - A omissão dolosa, associada à vantagem indevida, foi obtida em detrimento do patrimônio que estava sob a Administração Militar, que é, por sua vez, responsável pelo pagamento dos proventos de reforma dos militares, com caracterização dos elementos objetivos do tipo previsto no art. 251

do CPM. *In casu*, a autoria e a materialidade delitivas estão plenamente comprovadas, conforme o farto lastro probatório. A conduta perpetrada é típica, antijurídica e culpável, portanto, a condenação é medida que se impõe.

VI - A agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM não deve ser aplicada quando o sujeito ativo do crime for civil ou militar inativo pois, nestas condições, a circunstância de o estelionato ter sido cometido em detrimento da Administração Militar é elementar do tipo, nos termos do inciso III do art. 9º do CPM, e a incidência da referida agravante representaria *bis in idem*.

VII - O denominado "estelionato de rendas mensais" é considerado pela jurisprudência pátria como crime permanente, cuja consumação ocorre com a primeira obtenção de vantagem indevida, se prolonga no tempo e somente cessa com a última obtenção, portanto, não cabe aumento de pena por continuidade delitiva.

VIII - Recurso Ministerial conhecido e parcialmente provido. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência dos Excelentíssimos Senhores Ministros Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos (no período de 15 a 17 de março) e Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos (no período de 17 a 18 de março), presente o Dr. Giovanni Rattacaso, representante do Ministério Público, na forma do art. 79 do RISTM, pediu **vista** o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, após o voto do Ministro Francisco Joseli Parente Camelo (Relator), que conhecia e negava provimento ao Recurso do Órgão Ministerial e mantinha a Sentença recorrida, que absolveu o Civil Cesar Augusto de Souza da Fontoura do crime previsto no art. 251, § 3º, do Código Penal Militar, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Acompanhavam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. O Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos não participou do julgamento no dia 18 de março. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 18/3/2021).

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Giovanni Rattacaso, representante do Ministério Público, prosseguindo no julgamento interrompido na sessão virtual realizada no período de 15 a 18 de março de 2021, após o retorno de vista do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por**

unanimidade, conheceu do Recurso e, **por maioria**, deu-lhe parcial provimento para reformar a Sentença recorrida e condenar o Civil Cesar Augusto de Souza da Fontoura como incurso no art. 251 do CPM, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, concedendo-lhe o benefício do ***sursis*** pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de recorrer em liberdade, com delegação para a realização de audiência admonitória ao Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, consoante o disposto no art. 611 do CPPM, nos termos do voto de vista do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Os Ministros Francisco Joseli Parente Camelo (Relator), José Coêlho Ferreira (Revisor), Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira e Lúcio Mário de Barros Góes conheciam e negavam provimento ao Recurso do Órgão Ministerial e mantinham a Sentença recorrida, que absolveu o Civil Cesar Augusto de Souza da Fontoura do crime previsto no art. 251, § 3º, do Código Penal Militar, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Acompanharam o voto de vista do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz os Ministros José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. Relator para Acórdão Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. O Ministro Francisco Joseli Parente Camelo (Relator) fará voto vencido. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 10/6/2021).

RELATÓRIO

Adoto o Relatório publicado pelo eminente Ministro-Relator Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo:

> Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar, inconformado com a Sentença do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 11 de outubro de 2019, que absolveu o civil CESAR AUGUSTO DE SOUZA DA FONTOURA da prática do crime previsto no art. 251, § 3º, do CPM (estelionato em detrimento da administração militar), com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM. Narra a Denúncia[83] que:
>
>> (...) Conforme apurado nos presentes autos, de Julho de 2010 até Janeiro de 2015, o denunciado obteve para si, mediante indução e manutenção em erro o Exército Brasileiro/União Federal, vantagem ilícita, consistente na percepção de benefício aposentadoria militar, causando um prejuízo à União no montante de R$ 164.767,57 (cento e sessenta e quatro mil, setecentos e sessenta e sete reais com cinquenta e sete centavos).
>>
>> No dia 09 de setembro de 2003, CESAR A. DE SOUZA DA FONTOURA ajuizou a Ação Ordinária nº 2003.71.00.047009-4 junto à 1ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, buscando sua reintegração ao Exército Brasileiro e a sua reforma militar, alegando

[83] [1] Evento 1, arq. 2, da APM nº 13-39.2016.7.03.0203.

que possuía deficiência física definitiva. Deficiência esta que o impediria de práticas laborativas da vida civil. Nos autos da ação, o ora réu logrou obter provimento antecipatório de tutela em 26 de setembro de 2003 (fls. 94/97), quando foi determinada sua reincorporação às fileiras castrenses, assegurando sua remuneração. Desde então o denunciado recebeu indevidamente o soldo, muito embora referida decisão tenha sido revogada pelo Egrégio TRF/4 (fls. 106/112).

Posteriormente a ação foi julgada procedente em primeiro e segundo graus de jurisdição, sendo reconhecida a invalidez permanente de Cezar Augusto, determinando-se sua reintegração ao 22º GAC, na cidade de Uruguaiana/RS, e a reforma em posto hierarquicamente superior, com o pagamento das verbas respectivas, a contar de 01 de novembro de 2000.

No dia 06 de outubro de 2009, o advogado patrono da causa de Reintegração às Forças Armadas, informou a Polícia Federal de Uruguaiana que encontrou o denunciado no Fórum daquela Comarca no ano de 2009, locomovendo-se normalmente, já formado em Direito e advogando, sendo tal situação totalmente diversa da que lhe fora relatada no ano de 2003, quando Cezar Augusto o procurou, com visíveis problemas físicos, aparentando ser pessoa pobre e de baixa escolaridade.

Nos autos do Inquérito Policial, verificou-se que o denunciado realmente não possui qualquer incapacidade para as atividades da vida civil e mesmo laboral, uma vez que inclusive joga futebol, vôlei e frequenta a academia de ginástica e musculação, conforme identificado na missão policial descrita na fl. 147 dos autos.

Outrossim, conforme depoimento do próprio instrutor da academia onde o denunciado se exercitava, o mesmo nunca mencionou qualquer problema ou dor física, correndo normalmente durante os treinos e, inclusive, participando de uma partida de futebol organizada pela academia (fls. 188/189).

Ainda, comprovam a aptidão física do denunciado as fotos (fls. 175/176) retiradas do seu perfil do Orkut, as quais o mostram pronto para praticar esportes que exigem muito exercício físico, principalmente das pernas, como é o caso do futebol e do vôlei de areia.

Salienta-se que o denunciado ajuizou a ação contra a União Federal na Seção de Porto Alegre, enquanto deveria ter ingressado na Subseção de Uruguaiana, local onde serviu e onde sempre residiu.

Acontece que o fato de deixar de intentar sua demanda na cidade de Uruguaiana, comprova ainda mais a sua má-fé, já que nessa cidade a possibilidade de ser reconhecido era maior, o que seria considerado na realização de perícias e na análise do processo.

> Imperioso ressaltar o requerimento encaminhado pelo denunciado ao comando do 22º GAC de Uruguaiana onde o mesmo se qualifica como desempregado, apesar de já patrocinar 37 ações só na Justiça Federal como advogado (fls. 177/178).
>
> Registre-se mais uma vez, que segundo o ofício das fls. 1350 e 1351 do Comando do 8º RC Mec, o acusado recebeu proventos de militar reformado até janeiro de 2015.
>
> E, como assim procedendo, o denunciado incorreu, por 54 (cinquenta e quatro) vezes, na violação da Lei Substantiva Castrense, em continuidade delitiva, estando incurso nas sanções do Art. 251, § 3º c/c art. 80, ambos do Código Penal Militar. (...).

Em 10 de dezembro de 2015, o Juiz Federal da Justiça Militar rejeitou a Denúncia (Evento1, Documento 2, da Ação Penal Militar (APM) nº 13-39.2016.7.03.0203). Decisão que foi desconstituída por esta Corte Castrense que, em 26 de abril de 2016, recebeu a Denúncia para regular prosseguimento do feito.

Foram acostados aos autos os seguintes documentos:

- As certidões negativas do acusado (Evento 1, Documento 4, fls. 42, 43, 51 e 58, da APM nº 13-39.2016.7.03.0203);

- Ofício da 22º Grupo de Artilharia de Campanha Autopropulsado (22º GAC) informando que o acusado não mais compunha o quadro de pessoal, desde julho de 2010 (Evento 1, Documento 4, fls. 53, da APM);

- Autos da Ação Ordinária nº 2007.71.00.047009-5 (evento 1, doc 4, fl. 61/131, da APM);

- Atas de inspeção de saúde do ano 2000 (evento 1, doc 4, fl. 68, da APM 13- 39.2016.7.03.0203) e 2005 (evento 1, doc 4, fl. 163/165, da APM).

O Ministério Público Militar arrolou as seguintes testemunhas: Sr. AUGUSTO CESAR OLIVEIRA MADUREIRA, Agente da Polícia Federal; Dr. CLODOMIRO PEREIRA MARQUES, Advogado; Sr. VICTOR ADRIANO OLINMOTTA, Professor de Educação Física; 1º Ten Ex JORGE AUGUSTO GUTERREZ DE CASTRO; e 2º Ten Ex DENIMAR FARAT MARQUES.

A Defesa não arrolou testemunhas (evento 7 da APM).

Em 15 de maio de 2018, o Acusado, devidamente citado, foi qualificado e interrogado (Evento 27 da APM).

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM solicitou a juntada aos autos dos depoimentos prestados em Porto Alegre/RS pelo Sr. Clodomiro Pereira Marques (Evento 30 da APM), o que foi deferido (Evento 33 da APM).

Diante disso, em 23 de julho de 2018, o MPM solicitou dilação de prazo para apreciar, criteriosamente, esses depoimentos disponibilizados (Evento 45 da APM), o que também foi deferido (Evento 47, da APM).

Ainda na fase do art. 427 do CPPM, em 21 de agosto de 2018, o órgão ministerial requereu diligências junto à AGU e à 1ª Auditoria da 3ª CJM (Evento 52, da APM), o que foi consentido pelo Juízo piso (Evento 57, da APM). Os depoimentos solicitados pelo MPM foram acostados aos autos (Eventos 58 e 59 da APM).

Em 12 de setembro de 2018, o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar requisitou informações à Procuradoria Regional da União sobre quais os médicos que exararam pareceres que ensejaram a Reforma Militar do Acusado (Evento 61 da APM), e, em 28 de setembro de 2018, a PRU respondeu com os nomes (Evento 66 da APM).

Em 21 de outubro de 2018, o MPM requereu (Evento 71 da APM) que lhe fossem enviadas as mídias em DVD contendo os depoimentos das testemunhas colhidos na Ação Penal nº 5001520-06.2011.4.04.7103, que correu perante a Justiça Federal, sendo que, em 24 de outubro de 2018, foram incluídos todos os arquivos referentes à prova oral produzida na citada Ação (Evento 73 da APM).

Em suas Alegações Escritas, o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR pugnou pela condenação do Réu como incurso no art. 251, *caput*, e com a agravante do § 3º do mesmo artigo, por 54 vezes, na forma do art. 80, todos do CPM (Evento 83 da APM).

Já a Defesa, por seu turno, pleiteou a absolvição do Acusado com base nas alíneas "a", "b" e "c" do art.439 do CPPM ou que fosse desconsiderada a causa especial de aumento de pena, sob pena de *bis in idem*, com aplicação da pena em seu patamar mínimo e que eventual pena fosse substituída por restritivas de direito na forma do art. 44 do Código Penal Brasileiro (evento 87 da APM).

Em 11 de outubro de 2019, o Juiz Federal da Justiça Militar da União julgou improcedente a denúncia para que absolver o civil CESAR AUGUSTO DE SOUZA DA FONTOURA com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM. A intimação eletrônica para a Defesa e para o Ministério Público Militar se deu em 14 de outubro de 2019 (eventos 174 e 175 da APM) e o MPM interpôs o presente recurso em 28 de outubro de 2019 (evento 178 da APM).

Em suas Razões de Apelação (evento 189 da APM), o MPM requereu a reforma da Sentença absolutória, com a consequente condenação do Acusado, por entender estar robustamente comprovadas a autoria e a materialidade delitivas em razão da suposta ocultação do estado físico do Acusado, ante o fato de ele exercer a advocacia. Em que pese estar pendente o julgamento da ação rescisória no âmbito da Justiça Federal, esta não é questão prejudicial ao reconhecimento da prática do crime de estelionato.

A Defesa pleiteou, em sede de contrarrazões (evento 192 da APM), a manutenção da sentença absolutória sob o argumento de que os valores recebidos pelo apelado estavam amparados por decisão judicial, sem

indício de que ele tenha se utilizado de fraude para manter a administração em erro.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar da União Dra. ARILMA CUNHA DA SILVA, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, para a manutenção da r. sentença, uma vez que se encontra em harmonia com as provas produzidas nos autos (evento 7).

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de **Recurso de Apelação** interposto pelo Ministério Público Militar contra a Sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), a qual absolveu o civil César Augusto de Souza da Fontoura, com fundamento no art. 439, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar (CPPM), da prática do crime previsto no art. 251, § 3º, do Código Penal Militar – *estelionato em detrimento da Administração Militar*.

O Recurso em análise é tempestivo e cumpre com os demais requisitos de admissibilidade, de modo que deve ser recebido e conhecido.

Insurge-se o MPM por entender que os fundamentos da Sentença absolutória ora recorrida não se mostram sustentáveis. Dessa forma, afirma haver perfeita adequação da conduta delituosa praticada com o tipo penal apontado e requer reforma do *Decisum*, com vistas à condenação do Investigado nos termos da Inicial Acusatória.

Assiste razão ao *Parquet*.

De início, faz-se necessário um relato sucinto dos principais acontecimentos de natureza judicial, que se deram a partir da interposição de Ação por parte do Apelado perante a Justiça Federal, com vistas à obtenção de reforma.

César Augusto de Souza da Fontoura prestou serviço militar no 22º Grupo de Artilharia de Campanha, em Uruguaiana-RS, entre março de 1995 e novembro de 2000, quando foi licenciado. Em 2003, ingressou com Ação na Justiça Federal, para obter provimento judicial que garantisse sua imediata reintegração às fileiras do Exército Brasileiro e posterior reforma, em virtude de alegada incapacidade definitiva.

Na Inicial, afirmou ter sofrido lesão no joelho direito durante treinamento físico militar que o "incapacita totalmente para o trabalho", acrescentou ser filho de família humilde e pobre, vive da renda do pai que "gira em torno de salário mínimo". Ao final, requereu declaração de nulidade

do ato administrativo de licenciamento, com reintegração às fileiras do Exército Brasileiro e posterior reforma com soldo de Terceiro-Sargento, com pagamento de auxílio-invalidez ou, caso seja considerado "inválido para o serviço militar", a reforma na graduação em que se encontrava na ativa.

Após judicialmente reintegrado para tratamento de saúde, o Réu foi submetido a Perícia Judicial, por meio da qual o *expert* reconheceu sequela de lesão traumática no joelho direito que, apesar de gerar incapacidade, não era possível assegurar que se tratava de incapacidade definitiva, nem permanente, já que o autor estava em tratamento. Acrescentou, ainda, que havia um bom prognóstico de recuperação.

Contudo, a despeito da conclusão da Perícia, a Sentença proferida pelo Juízo Federal de primeiro grau em 6.5.2005, em suma, julgou procedente o pedido, declarou a nulidade do ato de licenciamento e o direito à reforma militar, com base nos artigos 106, inciso II, 108, inciso III, e 110, *caput* e § 1º, todos da Lei 6.880, de 9.12.1980, e a invalidez, com base no art. 110, § 1º, da citada Lei, para assegurar a reforma com proventos da graduação de Terceiro-Sargento, mediante entendimento que:

> [...] a capacidade laboral da parte autora está reduzida em 70% [...], sendo que isso é praticamente incapacidade total para trabalhador braçal com pouca instrução e de origem humilde, sendo muito provável que consiga algum emprego civil nessas condições de saúde e com essa redução laborativa.

Tal Decisão foi ratificada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4), que, em 2006, negou provimento à Apelação interposta pela Advocacia-Geral da União (AGU). Contra tal Decisão, a União interpôs Recurso Especial.

Na pendência do Recurso Especial, o Acusado interpôs *Execução Provisória da Sentença*, na qual foi determinada a execução de obrigação de fazer mediante Decisão de 10.5.2010. Assim, foi reformado provisoriamente, na mesma graduação, com proventos de Terceiro-Sargento, na condição de *inválido*, mediante Portaria 999-DCIP.21, de 7.7.2010, da Diretoria de Civis, Inativos e Pensionistas (DCIP) do Comando do Exército, que estabeleceu que o pagamento de eventuais atrasados ocorreria após Decisão final da Justiça.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar Agravo Regimental no Recurso Especial da União acima citado, por unanimidade de votos, manteve o Acórdão recorrido. A citada Decisão transitou em julgado em 18.8.2011.

A União ajuizou *Ação Rescisória* em 7.1.2013, em desfavor do civil César Augusto de Souza da Fontoura, com objetivo de desconstituir o Acórdão proferido pelo TRF/4, sob alegação de que a Decisão rescindenda violava literal dispositivo de lei, uma vez que o Réu não é trabalhador braçal, nem possui pouca

instrução, bem como atua como advogado no Estado do Paraná. Alegou o dolo do ex-militar, que foi flagrado durante prática de atividade física, o que denotaria o caráter temporário de sua incapacidade e impediria a concessão de reforma.

Em 30.10.2014, o referido Tribunal, por unanimidade de votos, deu parcial provimento à Rescisória, para *desconstituir a reforma* do Acusado e manter a sua reintegração até a data de ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), conforme Ementa abaixo transcrita:

> AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. REINTEGRAÇÃO. INCAPACIDADE.
>
> O art. 110, § 1º, da Lei nº 6.880/80, prevê que o militar será reformado quando, verificada a incapacidade definitiva, for considerado inválido não só para o serviço militar, mas para qualquer trabalho.
>
> A despeito de a perícia judicial, realizada na ação originária, ter apurado que, naquele momento, o militar era incapaz para o desempenho de atividade laboral, em especial para as que demandassem esforço físico, antes do trânsito em julgado, ele graduou-se em Direito e em 2008, após o registro profissional na OAB, iniciou o exercício da advocacia.
>
> Ao desconsiderar que o réu atuava como advogado desde 2008 e conceder-lhe reforma militar, o acórdão rescindendo incorreu em violação ao artigo 110, § 1º, da Lei nº 6.880/800 (sic). (TRF4 - Relatora Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, Ação Rescisória 0012643-21.2012.404.0000/RS, D.E. de 17.11.2014).

Em seu Voto, a ilustre Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha assim dispôs:

> Na ação originária (nº 2003.71.00.047009-5), foi deferida a reforma ao réu, nos termos do art. 110, § 1º, da Lei nº 6.880/80. Esse dispositivo legal dispõe que o militar será reformado quando, verificada a **incapacidade definitiva**, for considerado inválido não só para o serviço militar, mas para qualquer trabalho.
>
> A perícia judicial, realizada em 25 de janeiro de 2005, apurou que, naquele momento, ele estava incapacitado para as atividades militar e civil [...]
>
> Frise-se que, na data da avaliação, o militar estava licenciado e não se tinha nos autos notícia de que exercia qualquer atividade remuneratória.
>
> [...]
>
> Não obstante, consta que Cesar Augusto graduou-se em Direito e obteve registro profissional na OAB em 2008. **Tais fatos ocorreram ainda no curso da ação, que transitou em julgado em 18 de agosto de 2011** (fl. 498).

> Ocorre que, desde quando iniciou sua carreira na advocacia, não mais poderia ser considerado inválido para qualquer trabalho.
>
> Nesse contexto, é lícito afirmar que, ao desconsiderar que o réu atuava como advogado desde 2008 e conceder-lhe reforma militar, o acórdão rescindendo incorreu em violação ao artigo 110, § 1º, da Lei nº 6.880/80. Com efeito, procede o pleito rescisório.
>
> **Do juízo rescisório**
>
> Comprovada a superveniente aptidão laboral do réu, é forçoso reconhecer parcialmente procedente a ação ordinária (originária), para que lhe seja assegurada a reintegração ao Exército, desde o seu licenciamento até a data de sua inscrição nos quadros da OAB em 2008 e início do exercício da advocacia, momento a partir do qual é inequívoca sua aptidão para o desempenho de atividade civil que lhe garanta a subsistência.
>
> Diante do exposto, em juízo rescisório, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para afastar a reforma militar, garantindo a reintegração até sua inscrição nos quadros da OAB.
>
> [...]
>
> Ante o exposto, voto por dar provimento à ação rescisória. (Grifos no original).

Diante do julgado acima, o ora Apelado, *em causa própria*, interpôs Recurso Especial perante o STJ, distribuído sob o número 1.561.137-RS. Contudo, tal Recurso *não foi conhecido,* nos termos da Decisão proferida pela douta Ministra-Relatora Assusete Magalhães, em 23.4.2020, por ausência de prequestionamento. Assim, a Decisão na Ação Rescisória transitou em julgado em 25.5.2020, com baixa definitiva para o TRF/4.

Após esse breve relato das questões judiciais relativas ao pedido de reforma, cabe apresentar um resumo dos principais acontecimentos que culminaram na Sentença recorrida, a qual absolveu o Apelado da prática do delito previsto no art. 251, § 3º, do CPM.

A Delegacia de Polícia Federal de Uruguaiana-RS, em 4.1.2010, instaurou Inquérito Policial, com base na notícia trazida pelo então Advogado Clodomiro Pereira Marques – que atuou nos interesses do Acusado na Ação, com vistas à reforma interposta perante a Justiça Federal – por meio da qual afirmou que foi enganado por seu cliente, pelo fato de o ex-militar não ser portador de incapacidade.

Ao ser interrogado no curso das ditas investigações, o ora Apelado confessou que o seu problema de saúde no joelho não o impede de exercer outras atividades laborativas e que atua como advogado. Tal Inquérito concluiu que o Réu não é incapacitado para o trabalho e teria induzido em erro a União

Federal ao solicitar a reforma com base em invalidez total e permanente para qualquer trabalho.

Findas tais investigações, em 21.6.2011, o Ministério Público Federal ofereceu Denúncia contra o ex-militar, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 171, *caput*, c/c § 3º, do Código Penal Comum – *estelionato qualificado*. A Inicial Acusatória foi recebida pelo Juízo da Vara Federal Criminal de Uruguaiana. Porém, em atendimento a promoção do *Parquet* federal, a competência para processar e julgar o feito foi declinada para a Auditoria da Justiça Militar da União em Bagé-RS, por entender que o delito seria de natureza castrense.

Após Decisão proferida nos autos de *Conflito de Competência* suscitado pelo Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM, em 31.3.2015, pelo eminente Desembargador Convocado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça Leopoldo de Arruda Raposo, aquele Juízo foi declarado competente para processar e julgar o feito.

Neste contexto, a Denúncia ofertada pelo Ministério Público Militar imputou ao Apelado a prática de delito previsto no art. 251, § 3º, c/c art. 80, por 54 vezes, todos do CPM, sob o argumento que obteve para si, mediante indução e manutenção em erro do Exército Brasileiro/União, vantagem ilícita consistente na percepção de benefício referente aos proventos de reforma de *julho de 2010* – quando se deu a publicação da Portaria de Reforma por Execução Provisória expedida pela então DCIP – a janeiro de 2015 – diante de determinação judicial constante da Ação Rescisória 12643-21.2012.404.0000/RS, que garantiu reintegração até a inscrição nos quadros da OAB em 2008 e afastou a reforma.

A Inicial Acusatória foi recebida por este douto Tribunal em 26.4.2016, em sede de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo *Parquet* castrense. Ressalte-se que o Apelado atuou em causa própria nos referidos autos.

Encerrada a instrução criminal, o MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar proferiu a Sentença absolutória ora combatida. O Magistrado, em seu *Decisum,* afirmou que os valores que serviram de base para a Denúncia se referem ao período em que havia Decisão judicial que determinava esse pagamento, diante do deferimento do pedido de execução provisória de Sentença, que cessou com a Decisão do TRF/4 quando do julgamento da Ação Rescisória, no ano de 2015. Asseverou não ter havido comprovação de que a Administração Militar fora induzida ou mantida em erro. Declarou, *in verbis*:

> [...] muito pelo contrário, o que se depreende é uma forte discussão judicial, que ainda não terminou, acerca do direito de reforma do acusado [...] e, por conseguinte, de ter o direito ou não a reforma, seja na condição de inválido ou de incapaz definitivamente para o serviço das Forças Armadas.

Destacou na ocasião, em forma de questionamento, como uma mesma ação (conduta de solicitar uma pretensão ao Poder Judiciário), com pedidos alternativos, pode ensejar a prática do delito de estelionato. Ainda, questionou como se falar em "*silêncio malicioso*", se o STJ tinha conhecimento de que o Acusado exercia a advocacia desde 2008.

Ademais, ao explanar que o Recurso Especial em Ação Rescisória ainda estava pendente de julgamento, indagou a possibilidade de serem garantidos judicialmente ao Acusado os valores que são aqui considerados como provenientes de conduta criminosa. Concluiu não existir nos autos lastro probatório apto a fundamentar a condenação do Réu e, assim, mediante aplicação do princípio *in dubio pro reo*, julgou improcedente o pedido condenatório para *absolver* o Apelado, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Após encerrado esse breve relato, cabe proceder à análise deste Recurso de Apelação.

Imputa-se ao Acusado a prática do crime de *estelionato* na forma agravada, descrito no § 3º do art. 251 do Código Penal Militar, por ter obtido vantagem ilícita atinente à percepção de proventos de reforma como militar do Exército Brasileiro de julho de 2010 a janeiro de 2015, com indução e manutenção da União em erro.

Inconformado, o *Parquet* castrense interpôs este Apelo, no qual pretende a condenação do Réu em razão de alegada robustez das provas produzidas, com adequação da conduta praticada com o delito apontado.

O tipo previsto no art. 251, *caput,* do CPM, trata de crime impropriamente militar e pune aquele que obtém, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, ao induzir ou manter alguém em erro, mediante o uso de artifício, ardil ou outro meio fraudulento. A pena aplicada pode variar entre 2 e 7 anos de reclusão, e será agravada se o crime for cometido em detrimento da Administração Militar, tal como prevê o § 3º do dispositivo citado.

A tipificação do ilícito penal em análise é prevista na legislação castrense brasileira desde o ano 1763, como constam nos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, com objetivo de resguardar o patrimônio da Administração Militar.

O estelionato como tipo penal autônomo surgiu com o art. 264 do Código Criminal do Império de 1830, cuja descrição da conduta trazia como elementos típicos apenas a fraude e a vantagem ilícita, independentemente da ocorrência da efetiva lesão.

O Código Penal de 1890, já no período republicano, aumentou o rol de condutas subsumidas ao tipo do estelionato. Os requisitos da fraude e vantagem indevida foram conservados. No âmbito do Direito Penal Militar

apenas com o Código de 1944 houve a tipificação do *estelionato*, mantido nos moldes pelo Código Penal Militar em vigor.

No Direito Penal italiano, o crime de estelionato é descrito sob a rubrica de *Truffa*, prevista no art. 640 do *Codice Penale, in verbis:*

> Chiunque, con artifizi o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032832.
>
> La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 309 a euro 1.549.

O bem jurídico protegido pela norma é o *patrimônio,* seja particular ou público. Subsidiariamente, protege-se a *boa-fé*, pois segundo Nelson Hungria:

> O crescente intercâmbio das relações humanas trouxe a necessidade prática da confiança nas aparências. A boa-fé tornou-se indispensável ao êxito e incremento das transações, de modo que os astutos e fraudulentos vivem atualmente no mundo nos negócios [...]. (*In Comentários ao Código Penal*. Volume VII. Forense, p. 159).

Quanto ao sujeito ativo, o crime poderá ser cometido por qualquer pessoa, militar ou civil. No polo passivo da conduta figura o titular do patrimônio violado, seja pessoa física ou jurídica, bem como aquele que for enganado pela fraude.

São três os elementos objetivos previstos no CPM: obtenção de vantagem ilícita; induzimento ou manutenção da vítima em erro; e emprego de artifício, ardil ou outro meio fraudulento. Nas lições de Cícero Coimbra e Marcello Streifinger:

> Induzir alguém em erro significa incutir, gerar no sujeito passivo o comportamento desejado, pela crença em uma realidade inexistente, apenas ocorrida na mente da pessoa induzida. [...] É possível, ademais, que o sujeito passivo já esteja com uma falsa compreensão da realidade, que é mantida pelo agente pela sua conduta fraudulenta, configurando-se a modalidade "mantendo alguém em erro", prevista no tipo em estudo. (*In Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1271).

O doutrinador Enio Luiz Rossetto, por sua vez, ao tratar do tipo objetivo assim dispõe:

> As ações típicas são as de induzir ou manter a vítima em erro [...] O verbo induzir designa levar a pessoa a erro, incutir, sugerir, persuadir, incitar, [...]. O verbo manter designa permanecer, conservar em erro a pessoa que desconhece que está em erro, e o agente, notando isso, não só não alerta, como ainda se aproveita da situação para obter vantagem ilícita em prejuízo alheio.
>
> [...]

> Para obtenção da vantagem ilícita, os meios fraudulentos empregados são artifício, o ardil ou qualquer outro meio fraudulento. O artifício é a fraude material. O agente utiliza um aparato que modifica o aspecto material da coisa. [...] Diz ser o ardil a astuta aplicação dos meios enganosos, revestidos de uma forma intelectual.
>
> Por fim, pode o agente empregar qualquer outro meio fraudulento, que, por interpretação analógica, deve ser entendido como o meio fraudulento semelhante ao artifício ou ao ardil. [...] **Dentro dessa interpretação analógica incluem-se o "malicioso silêncio e a mentira". No caso do silêncio, cabe a pergunta: quando o agente tem o dever de esclarecer? A resposta não é fácil, mas é certo, no entanto, que o silêncio deve ser uma espécie de ardil capaz de induzir ou manter a vítima em erro** [...].
>
> Não há estelionato sem vantagem ilícita e prejuízo alheio. Vantagem ilícita, elemento normativo do tipo penal, é a que não tem amparo no direito. (*In Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 874-876).

Assim, para sua consumação, exige-se a ocorrência de duplo resultado, o que a doutrina denomina de duplicidade do nexo causal: obtenção de vantagem ilícita e efetivo dano à vítima.

O elemento subjetivo é o dolo, consubstanciado não só na intenção de obter a vantagem ilícita, como no uso de meio fraudulento e no prejuízo alheio (Op. cit., p. 878-879).

No caso vertente, verifica-se que o Apelado foi reformado provisoriamente, com proventos de Terceiro-Sargento, mediante Portaria expedida pela DCIP e publicada no Diário Oficial da União de 9.7.2010, de acordo com os artigos 104, inciso II; 106, inciso II; 108, inciso III; 109; e 110, § 1º e § 2º, alínea "c", todos da Lei 6.880, de 9.12.1980 – Estatuto dos Militares.

Os artigos 108, inciso III, e 110, § 1º, ambos da Lei 6.880, de 1980, assim dispõem:

> **Art. 108.** A incapacidade definitiva pode sobrevir em conseqüência de:
>
> [...]
>
> III - acidente em serviço;
>
> **Art. 110.** O militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente.

> § 1º **Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III,** IV e V do artigo 108, **quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho**. (Grifo nosso).

Dessa forma, da legislação citada extrai-se que, caso haja invalidez com nexo causal com a atividade castrense, a reforma ocorrerá com soldo do posto superior, desde que incapaz para *todo* e *qualquer* trabalho.

Pois bem. O acidente em serviço serviu de fundamento à reforma do ex-Sd César Augusto de Souza da Fontoura e a graduação de Terceiro-Sargento foi a base de cálculo dos proventos, conforme se observa da Portaria 999-DCIP.21, de 7.7.2010, com caracterização de *invalidez* – impossibilidade para qualquer trabalho. Aliás, essa é a justificativa para cálculo da remuneração com base em grau hierárquico superior, conforme consta do art. 110, § 1º, acima transcrito e confirmado nos julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> [...]
>
> 8. O militar temporário ou de carreira tem direito à reforma que, em consequência de acidente de serviço ou doença, torna-se definitivamente incapaz para o serviço da caserna.
>
> 9. A incapacidade permanente para o desempenho de qualquer trabalho é requisito para a obtenção da reforma com base no soldo correspondente ao grau hierarquicamente superior, o que não constitui a hipótese dos autos. (STJ, REsp 1069794/PR, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3.4.2012).
>
> RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA *EX OFFICIO*.
>
> 1. A reforma ex *officio* será aplicada ao militar quando, em decorrência de acidente em serviço, for ele julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo nas Forças Armadas (artigo 106, inciso II, combinado com o artigo 108, inciso III, da Lei 6.880/80).
>
> 2. A impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho só é requisito essencial para fins de reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa (Inteligência do parágrafo 1º do artigo 110 da Lei 6.880/80). Recurso conhecido e improvido. (REsp 283.669/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 29.10.2001).

O Defensor Público Federal Marcos Mazzotti, ao tratar da natureza jurídica do ato de reforma por *incapacidade* ou *invalidez*, destaca consistir em ato administrativo de *trato continuado*, passível de revisão se alteradas as premissas fáticas. Ainda, assevera que, em caso de reforma decorrente de Decisão judicial, deve ser respeitada a reserva de jurisdição na sua reapreciação. (*In Estatuto dos Militares Comentado*: Lei 6.880, de 9.12.1980/coordenação de

Jorge César de Assis - 2ª Edição - Revista e Atualizada até a Lei 13.954/2019, Curitiba: Juruá, 2020, p. 386).

O mesmo autor cita as considerações do Advogado da União Roberto Carlos Rocha Kayat em sua obra "*Inatividade Remunerada e Pensão dos Militares das Forças Armadas*":

> Por força desta relação jurídica continuativa, no âmbito do direito material, eventual sentença reconhecendo o direito à reforma por incapacidade fará coisa julgada *rebus sic stantibus*, ou seja, será eficaz enquanto perdurarem os fatos e fundamentos jurídicos que a embasaram à época de sua publicação. (Op. cit., p. 386).

Portanto, conclui-se que a alteração dos pressupostos de fato e/ou de direito que justificaram a prolação de Decisão que concede reforma por invalidez, ainda que transitada em julgado, abre espaço para sua revisão pela via judicial, respeitada a autoridade da coisa julgada em sentido material.

No caso em tela, a autoria e a materialidade delitiva restaram plenamente configuradas pelas provas coligidas aos autos. O Acusado, ex-militar, diante de lesão sofrida no joelho direito durante treinamento físico militar, provocou o Poder Judiciário com vistas a obter reforma, com pedido alternativo pela invalidez ou pela incapacidade definitiva para o serviço do Exército, tal como consta da Inicial da Ação proposta perante a Justiça Federal.

Sem emitir aqui qualquer juízo de valor quanto às Decisões de primeiro e segundo graus que concederam a reforma por invalidez requerida, pelas provas destes autos, verifica-se sem qualquer resquício de dúvida que, a partir de 2008, a lesão no joelho sofrida anos antes e que serviu de fundamento para a Decisão judicial concessiva da reforma por invalidez, já não lhe retirava a capacidade laboral para entrada no mercado de trabalho.

Tal condição se confirma diante de sua inscrição e compromisso prestado perante a Ordem dos Advogados do Brasil no Rio Grande do Sul em 30.1.2008, conforme consta do Ofício 00154/2008, de 26.8.2008, firmado pelo Presidente da OAB/Subseção de Uruguaiana. Ainda, pela listagem anexada aos autos do Inquérito Policial 002/2010-4-DPF/UGA/RS instaurado na Delegacia de Polícia Federal em Uruguaiana apensado a estes autos, com 37 ações judiciais com trâmite perante a Justiça Federal, nas quais o Apelado consta como procurador.

O Réu, em seu Interrogatório, asseverou serem inverídicos os fatos que lhe foram imputados. Contou ter recebido, de julho de 2010 a janeiro de 2015 da Administração Militar, os valores decorrentes de Ação de execução de Sentença. Aduziu que se considera *incapaz para servir o Exército Brasileiro*, mas afirmou *não ser inválido* e nunca ter feito tal afirmação. Destaca que o Recurso perante o STJ referente à Ação Rescisória confirma o que disse em relação a não ser inválido e não querer ser considerado como tal, pois naqueles autos

requereu reforma no posto em que ocupava quando na ativa. Declarou ter começado a advogar em 2008.

A Testemunha Clodomiro Pereira Marques afirmou que, ao encontrar com o Acusado no Fórum em Uruguaiana e depois em seu escritório, o alertou de que ele havia sido reformado como inválido e não poderia advogar. Declarou ter ouvido do Apelado que não pretendia alterar os termos da reforma e que, na condição de seu advogado, a Testemunha não poderia denunciá-lo. Acrescentou que, após tais fatos, renunciou ao mandato.

Em 2010, ou seja, após entrada no mercado de trabalho, o próprio Réu interpôs pedido de execução provisória da Sentença que concedeu a reforma por invalidez. Os proventos foram recebidos por ele a partir de julho de 2010 e interrompidos em janeiro de 2015, após determinação judicial nos autos da Ação Rescisória 0012643-21.2012.404.0000/RS. Os pagamentos efetuados pela União constam das Fichas Financeiras em nome do Apelado anexadas aos autos e das informações prestadas ao Juízo *a quo* por meio do Ofício 82-Sect/S/1/EM, de 26.5.2015, do Subcomandante do 8º Regimento de Cavalaria Mecanizado.

Dessa forma, mesmo diante de superação do quadro clínico e da comprovada aptidão para o trabalho, o ex-militar insistia no recebimento dos proventos relativos à reforma por *invalidez*, tanto é assim que, em 11.6.2008 – portanto, após inscrito na OAB –, apresentou pedido de *Execução Provisória de Sentença* perante o Juízo da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual da Circunscrição Judiciária de Porto Alegre, distribuído sob o número 2008.71.00.013554-1, por meio do qual requereu a sua imediata reintegração e reforma em *posto hierarquicamente superior*, diante das Decisões que lhe foram favoráveis em primeiro e segundo graus de jurisdição, *in verbis*:

> <u>DO PEDIDO.</u>
>
> [...]
>
> Seja deferida liminar determinado a União o imediato cumprimento da r. sentença / v. acórdão, aplicação da **reforma ao Exeqüente nos termos do art. 106 – II, 108 – III, 109 c/c art. 110 da lei nº 6.880/80 com proventos de 3º sargento,** retroativo ao licenciamento, sem efeito suspensivo da execução caso ocorra embargos por se tratar de caráter alimentar / obrigação de fazer, com a fixação de prazo de 15 dias e pena multa diária em face da União a ser arbitrada pro (sic) V. Exa., em caso de descumprimento. (Grifo nosso).

Tal pedido foi deferido por aquele Juízo, que determinou a citação da União para cumprimento da Sentença quanto à obrigação de fazer, o que se deu mediante expedição da citada *Portaria 999-DCIP.21, de 7.7.2010*, quando deu início ao recebimento dos proventos de reforma.

Embora houvesse Decisão judicial que amparasse o pagamento feito pela Administração Militar a título de reforma por invalidez, o pedido de execução provisória feito quando já exercia atividade de advocacia é totalmente incompatível com a sua real condição. Ainda assim, em nenhum momento se manifestou em sentido contrário, tanto que, no pedido de execução antecipada, foi claro ao pedir o cumprimento do julgado para pagamento de proventos de Terceiro-Sargento. Ora, se ele já advogava, se provia e não era inválido, não há como afastar o *dolo*.

O silêncio e a insistência em manter a reforma nos termos da Decisão judicial, mesmo ciente de que não era inválido, por si só já são provas suficientes de autoria do delito de estelionato. Estar sob o manto da *"coisa julgada"* não é suficiente para excluir a prática do delito, como se tal condição o amparasse.

Não se pode olvidar que tal omissão se origina de um advogado, profissional ao qual a Constituição da República de 1988 atribuiu as funções essenciais à Justiça, pressuposto para a formação do Poder Judiciário e necessário ao seu funcionamento, como elemento técnico propulsor. O Acusado, na condição de causídico atuante na área e conhecedor das normas, sabia que a sua nova condição física e a possibilidade de se prover afastavam o amparo para a reforma por invalidez concedida judicialmente, notadamente diante do caráter *rebus sic standibus* da Decisão.

Ainda, mesmo regularmente inscrito em Conselho de Classe, com atuação como defensor em vários processos judiciais, conforme investigação procedida pela Polícia Federal no Inquérito Policial já citado, em Petição de 1º.9.2010 dirigida ao Comandante do 22º Grupo de Artilharia de Campanha, com vistas a obter documentos pessoais, o Apelado se autodenominou como "desempregado", com clara intenção de omitir da Administração Militar a sua real condição. Mais adiante, em março de 2011, atuando em causa própria, interpôs Agravo Regimental perante o douto Superior Tribunal de Justiça, diante de Decisão que dava provimento ao Recurso Especial interposto pela União contra a Decisão que reconheceu sua invalidez.

Cabe destacar que, nos autos em análise, verificam-se outras passagens em que o Réu postulou em causa própria, tais como: ao contestar a Denúncia nos autos da Ação Penal que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Uruguaiana-RS, bem como nesta Ação Penal Militar. A circunstância de atuar em causa própria enquanto reformado por *invalidez*, ao contrário de configurar eventual *boa-fé* por parte do Apelado por não omitir sua atividade advocatícia, de modo a afastar eventual dolo ou mesmo emprego de meio fraudulento, trata-se de verdadeiro escárnio com a Justiça.

Ainda que não tenha havido intenção de fraude quando da interposição da Ação Judicial com vistas à reforma, a posterior alteração das condições físicas iniciais, a retomada da capacidade de trabalhar e se prover

inviabilizam a manutenção da reforma por invalidez, por ausência de requisito legal básico para seu deferimento.

Percebe-se do Interrogatório do Réu perante o Juízo *a quo* que apenas após sucesso da União, com provimento da Ação Rescisória, resolveu "readequar" seu pedido com vistas a obter reforma por incapacidade definitiva para o serviço militar e recebimento de proventos de Soldado, diante da iminência de se ver condenado por crime de estelionato. Contudo, em nenhum momento anterior havia demonstrado qualquer irresignação com os termos dos julgados que reconheciam sua invalidez.

Neste contexto, cabe destacar que a Sentença ora combatida foi proferida em momento em que ainda restava pendente decisão referente a Recurso Especial interposto na Ação Rescisória, o que dava amparo ao argumento do Juízo *a quo* quanto à existência de "forte discussão judicial" acerca da reforma do Apelado. Contudo, o posterior trânsito em julgado da Rescisória, com o entendimento acerca de violação literal ao art. 110, § 1º, da Lei 6.880, de 1980, por parte do Acórdão rescindendo, afasta tal argumento.

Indo além, ainda que a União não obtivesse sucesso na Ação Rescisória, o simples fato de o Acusado atuar como advogado enquanto reformado por invalidez e omitir a sua condição perante a Administração Militar, mantida em erro, configura cometimento do delito previsto no art. 251 do CPM.

Mesmo na eventualidade de que em parte do período acima referido o Apelado estivesse realmente com limitações físicas que justificassem sua reforma com o soldo correspondente ao grau hierárquico superior, ao que parece, houve uma melhora do seu quadro clínico e a circunstância não foi informada à Administração Militar. Em vez disso, utilizou dos meios de que dispunha para antecipar a execução da Sentença que lhe conferiu direito à reforma por invalidez, de modo a auferir vantagem financeira que não lhe era devida, em detrimento do erário.

Cabe frisar que o engodo em situações como essa é o próprio *silêncio malicioso*, com o intuito de continuar a receber vantagem indevida, ou seja, o benefício, em face da recuperação da condição de saúde.

Constata-se a obtenção de vantagem indevida em decorrência da manutenção da Administração Militar em erro com a consequente percepção de vantagem financeira indevida, decorrente da omissão dolosa de informação relevante para a revisão da condição de reformado como inválido, diante da ocorrência de eventual superação de sua condição de saúde.

A omissão dolosa, suficiente para manter a Administração em erro, associada à vantagem indevida, foi obtida em detrimento do patrimônio que estava sob a Administração Militar, que é, por sua vez, responsável pelo pagamento dos proventos de reforma dos militares, ainda que deferidas por

ordem judicial, com caracterização dos elementos objetivos do tipo previsto no art. 251 do CPM.

As provas constantes dos autos demonstram a consciência por parte do Réu da irregularidade da reforma, o que confirma o dolo. No caso em tela, cabe aplicar a "*Teoria da Cegueira Deliberada*", idealizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos e utilizada em nosso país pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, adotada nas situações em que um agente, de forma dissimulada, finge não enxergar o caráter ilícito da procedência de direitos, bens ou valores, ou ignora esse conhecimento, o que não exime a sua responsabilidade. O Réu agiu, no mínimo, com dolo eventual, ou seja, assumiu o risco de produzir o resultado, pois as circunstâncias fáticas indicavam ao Apelado a impossibilidade de recebimento de proventos de reforma por invalidez.

O maior mal que aflige nossa sociedade é a corrupção sistêmica e endêmica, ou seja, tanto aquela propagada no cenário político brasileiro e que atinge as instituições sociais, quanto pequenos atos corriqueiros dos cidadãos, os quais se mantêm velados e quase não são reconhecidos no cotidiano.

Desconsiderar esses desvios de conduta, como analisado no caso concreto, é permitir que a aplicabilidade das normas seja esvaziada, a fim de atribuir-lhes caráter simbólico. Na visão de Marcelo Neves, "esse caráter simbólico das leis em detrimento do político-concretizador gera diversos efeitos negativos com relação à coercitividade das normas e à credibilidade do povo nas leis que o rege". (Citado por Emmanuelle Konzen Castro em http://domtotal.com/noticia/1125239/2017/03/a-corrupcao-sistemica-no-brasil/. Acesso em 13.5.2021).

Colaciono julgados que remontam ao posicionamento deste Voto:

> EMENTA: APELAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. ESTELIONATO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. CRIME PERMANENTE. AUXÍLIO-INVALIDEZ. RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUADA. PERCEPÇÃO ILÍCITA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA. ART. 125, § 2º, ALÍNEA "C", DO CPM. *JUS PUNIENDI* NÃO ALCANÇADO PELA PRESCRIÇÃO. MÉRITO. FRAUDE. CONFIGURAÇÃO. DOLO. COMPROVAÇÃO. ASSINATURA DE DECLARAÇÃO CONTENDO INFORMAÇÃO INVERÍDICA. FALSIDADE PERPETRADA PELO RÉU QUE DETINHA A OBRIGAÇÃO DE INFORMAR QUANTO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. PREJUÍZO PATRIMONIAL DE ELEVADA MONTA. INAPLICABILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. EXTENSÃO DO DANO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. REBAIXAMENTO DA PENA AO GRAU MÍNIMO. MINORANTE DO ART. 240, § 2º, DO CPM. IMPOSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DO DANO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

[...] Incorre nas penas cominadas para o delito de estelionato, na sua modalidade lesiva à Previdência das Forças Armadas, a conduta do Oficial Reformado que, por mais de 20 (vinte) anos, mantém a Administração Militar em erro, e percebe vantagens indevidas a título de "auxílio-invalidez", concomitantemente com o exercício de atividade remunerada na iniciativa privada, não obstante tenha assinado declaração que contemplava, ostensivamente, tal proibição. [...] No mérito, apelo parcialmente provido por decisão majoritária. (STM. Apelação 7000090-66.2018.7.00.0000. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Julgado em 4.9.2018. Publicado em 21.9.2018).

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO ACOLHIMENTO. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ERRO DE PROIBIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. O delito descrito no art. 251 do Código Penal Militar tutela a inviolabilidade do patrimônio, reprimindo a fraude causadora desse dano. A ação nuclear consiste em induzir ou manter alguém em erro, por uso de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento para obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio. Consoante a melhor doutrina e a jurisprudência dos Pretórios, o silêncio malicioso configura o meio fraudulento de que trata o tipo penal incriminador do estelionato previdenciário. A confissão do Acusado bem como o fato de ter omitido a morte da pensionista configuram o elemento subjetivo do tipo penal em comento, ou seja, o dolo consistente no ânimo de fraudar a Administração Militar para a obtenção da vantagem indevida. Os erros de fato e de direito previstos nos arts. 35 e 36 do Código Penal Militar somente são aplicáveis quando o agente comete o crime por erro plenamente escusável, sendo que, no primeiro caso, quando ausente a consciência da ilicitude, o Códex Castrense considera a ocorrência de mera causa de atenuação da pena. No segundo, pode afastar o dolo na conduta. Comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade, não merece reparo a Sentença prolatada em desfavor do Acusado. Recurso não provido. Unanimidade. (STM. Apelação 7000703-52.2019.7.00.0000. Rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino. Julgado em 26.9.2019. Publicado em 9.10.2019).

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. ESTELIONATO. PENSÃO MILITAR. ÓBITO DA PENSIONISTA. SILÊNCIO DA FILHA. PROCURADORA LEGAL. DOLO. CONFIGURAÇÃO. APOSSAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA BANCÁRIA. LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. DANO AO ERÁRIO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCO POR AUSÊNCIA AO RECADASTRAMENTO. TARDIA COMUNICAÇÃO DO ÓBITO. DELITO. MATERIALIZAÇÃO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. DECISÃO

MAJORITÁRIA. 1. A omissão da pronta comunicação do óbito de pensionista à Administração Militar, evidenciada pelo silêncio malicioso e oportunista do(a) responsável legal, constituinte do meio ardiloso, acompanhado da movimentação ilegal da conta bancária da beneficiária, resultando no locupletamento ilícito, perfaz o crime de Estelionato (art. 251 do CPM). Nesse aspecto, o tardio encaminhamento da Certidão de Óbito da pensionista, após a suspensão do pagamento diante da ausência de recadastramento, transcorridos alguns meses do recebimento indevido da pensão, não elide a culpabilidade do(a) agente. 2. O crime de Estelionato, perpetrado contra as instituições públicas, em suas variadas matizes, afeta a ordem administrativa. Nessa espécie típica, é impossível dissociar, do rol das consequências, os infortúnios causados à gestão dos recursos orçamentários. 3. Na construção do arcabouço probatório relativo à incriminação, os resultados da quebra de sigilo bancário da conta da pensionista falecida, a consistência da análise documental e a confissão encorpam a culpabilidade do(a) acusado(a). 4. Não provimento do Recurso defensivo. Manutenção da Sentença condenatória. Decisão majoritária. (STM. Apelação 7000088-28.2020.7.00.0000. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. Julgado em 3.12.2020. Publicado em 16.12.2020).

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ARTIFÍCIO FRAUDULENTO. VANTAGEM INDEVIDA. ELEMENTO SUBJETIVO. CARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. APELO DESPROVIDO. A observância ao princípio acusatório se perfaz com o oferecimento da Denúncia. O pedido de absolvição formulado pelo MPM não vincula o Órgão julgador, conforme o art. 437, "b", c/c o art. 297, ambos do CPPM. Inexiste o dever legal, senão moral, do familiar comunicar o óbito de pensionista ao órgão pagador, não se incriminando a simples omissão na comunicação do falecimento à Administração Militar. Ao se conjugar a referida omissão com a ação, por parte do Acusado, de efetuar saques indevidos na conta de pessoa já falecida, mantendo a Administração Militar em erro, fica caracterizada a fraude típica do delito de estelionato. O artifício fraudulento utilizado para a obtenção da vantagem ilícita, hábil a manter a Administração em erro, se perfez com a movimentação da conta de pensionista sabidamente falecida, cumulado com a não comunicação do seu óbito à Administração Militar, configurando o silêncio "conveniente e malicioso", caracterizador do elemento subjetivo do delito de estelionato. O Réu tinha ciência de tratar-se de valores depositados mensalmente pela Marinha do Brasil a título de pensão e, portanto, que os saques eram indevidos. A tipicidade do delito de estelionato ficou comprovada pela conduta do Acusado que, de maneira livre e consciente, conjugou condutas omissiva e comissiva, para manter a Administração em erro, mediante meio fraudulento, visando e obtendo vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar. A Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda não tem aplicação no âmbito desta Justiça Castrense. Ademais, o grau de reprovabilidade da conduta, a expressiva lesão jurídica provocada e a ofensa ao sistema de pagamento dos militares e

pensionistas da Marinha obstam o reconhecimento da insignificância e da consequente atipicidade material no caso concreto. Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão majoritária. (STM. Apelação 7000011-19. 2020.7.00.0000. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgado em 25.6.2020. Publicado em 6.8.2020).

EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR (MPM). DEFESA. ESTELIONATO. ART. 251, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). PRELIMINAR DEFENSIVA. VIOLAÇÃO DO SIGILO DE DADOS CADASTRAIS. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. CONVENCIMENTO FUNDAMENTADO NAS PROVAS DOS AUTOS. REPRIMENDA IMPOSTA JUSTA E NECESSÁRIA. DESPROVIMENTO. DECISÕES UNÂNIMES. [...] II - A livre convicção motivada do Juiz, realizada mediante raciocínio lógico, não modificou, por qualquer vértice, os limites da imputação. O Magistrado apenas utilizou a teoria da cegueira deliberada para, na sua óptica, subsumir as condutas ao respectivo tipo penal, sem malferir os princípios constitucionais da imparcialidade do juízo, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria. III - As provas dos autos são contundentes a demonstrar a autoria e a materialidade delitivas. A alegação defensiva de que a Apelante/Apelada acreditava serem originalmente lícitos os valores recebidos foi devidamente afastada pelo Órgão julgador de piso, com a aplicação da teoria da cegueira deliberada. Assim, o alegado estado de ignorância da agente, a fim de evitar a persecução penal, não a exime de sua responsabilidade, uma vez que agiu, no mínimo, com dolo eventual, ou seja, assumiu o risco de produzir o resultado. IV - Verifica-se que a fundamentação realizada na Sentença *a quo* foi devidamente motivada e respaldada nas provas produzidas em instrução criminal, razão pela qual não se verifica qualquer vício de parcialidade do Juízo. [...] VII - O delito denominado "estelionato de rendas mensais" é considerado, pela jurisprudência pátria, por razões de política criminal, como crime permanente, cuja consumação, ocorrida inicialmente com a obtenção da primeira vantagem indevida, prolonga-se no tempo e se cessa com a última obtenção. VIII - Recurso desprovido. Decisões unânimes. (STM. Apelação 7000166-22.2020.7.00.0000. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 15.10.2020. Publicado em 27.10.2020).

Portanto, é farto o lastro probante da materialidade e autoria delitivas, o fato é típico, antijurídico e a conduta é culpável, de modo que não há espaço para se abrigar a tese relativa à invocação do postulado *in dubio pro reo,* razão pela qual a condenação se impõe. Assim, ausente qualquer fundamento apto à absolvição, deve ser reformada a Sentença absolutória para condenar César Augusto de Souza da Fontoura pela prática do crime previsto no art. 251 do CPM.

Entretanto, antes de proceder à dosimetria da pena, cumpre tecer algumas considerações acerca da incidência do § 3º do art. 251 do CPM no caso em análise, tal como requer o *Parquet*.

Com efeito, a imputação trata de conduta perpetrada por militar judicialmente reintegrado e reformado por invalidez que recebeu os proventos de reforma de 2010 a 2015. O § 3º do art. 251 do Código Castrense, por sua vez, apresenta uma agravante para o crime de estelionato praticado em detrimento da Administração Militar, com aumento no *quantum* da pena de um quinto a um terço, nos termos do disposto no art. 73 do referido Códex.

Contudo, tal agravante não deve ser aplicada quando o sujeito ativo do crime for *civil* ou *militar inativo* pois, nestas situações, a circunstância de o estelionato ter sido cometido em detrimento da Administração Militar é elementar do tipo, nos termos do inciso III do art. 9º do CPM, e a incidência da referida agravante representaria *bis in idem*.

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO MILITAR. AGRAVAÇÃO DA PENA. ART. 251, § 3º, CÓDIGO PENAL MILITAR. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. A vítima "administração militar" não é elemento do crime de estelionato militar, quando o acusado é militar da ativa. A conduta perfaria o tipo do art. 251, ainda que não praticada contra a instituição (v. art. 9º, II, CPM). Assim, a agravante prevista no § 3º do art. 251 do Código Penal Militar se aplica ao militar da ativa, embora não se aplique ao civil nem ao militar inativo (reformado/reserva), já que, quanto a estes, só há crime de estelionato militar se a vítima for a administração militar (art. 9º, I, CPM) – é elemento do tipo. Ilegalidade não configurada. Ordem denegada. (STF. HC 85167. Segunda Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 21.11.2006. Publicado em 2.2.2007).

No mesmo sentido tem se posicionado este Tribunal Castrense:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEFESAS CONSTITUÍDAS. ALEGAÇÕES DE OBSCURIDADES, DE OMISSÕES E DE CONTRADIÇÕES. NÃO COMPROVAÇÃO. MATÉRIAS APRECIADAS E DECIDIDAS NO ACÓRDÃO EMBARGADO. ARTIGO 251, § 3º, DO CPM. MILITAR DA ATIVA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO DOS INCISOS XXXIX E LIV DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO VERIFICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS, REJEITADOS E DECLARADOS PROTELATÓRIOS. UNANIMIDADE. [...] A agravante do § 3º do artigo 251 do Código Penal Militar é aplicável somente ao réu que ostente a condição de militar da ativa. Em relação ao civil e ao militar inativo, não incide a referida causa de aumento da pena, uma vez que o delito tipificado no art. 251 do Estatuto Repressivo Castrense pressupõe a

> obtenção de vantagem indevida em detrimento da Administração Militar, tornando-se elementar do tipo. [...]. (STM. Embargos de Declaração 0000013-02.2002.7.11.0011. Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva. Julgado em 3.8.2017. Publicado em 24.8.2017).
>
> RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. ESTELIONATO. PRELIMINARES REJEITADAS. DESPROVIDOS OS APELOS. [...] Inaplicável a agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM, quando o crime de estelionato for praticado por militar da reserva, militar reformado ou por civil, sob pena de ocorrer *bis in idem*. [...]. (STM. Apelação 0000064-70.2008.7.12.0012. Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Julgado em 11.10.2017. Publicado em 9.11.2017).

Por conseguinte, ao delito em análise não deve ser aplicada a agravante acima referida.

Destaco, ainda, que o denominado "*estelionato de rendas mensais*" é considerado pela jurisprudência pátria como *crime permanente*, cuja consumação ocorre com a primeira obtenção de vantagem indevida, se prolonga no tempo e somente cessa com a última obtenção. Portanto, no caso em análise, não deve ser contabilizado o aumento de pena por *continuidade delitiva*, tal como requer o *Parquet*. Cito julgados desta Corte Castrense:

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DEFESA. PRECLUSÃO DE DECISÃO ANTERIOR. DATAS DISTINTAS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. CRIME CONTINUADO E PERMANENTE. SÚMULA 711 DO STF [...] 2. Em casos de estelionato previdenciário, para aqueles que se beneficiam de pagamentos sucessivos, o crime é permanente, a consumação do delito se protrai no tempo e deve prevalecer a Súmula 711 do STF. Portanto, o cômputo do prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento da Denúncia deve ser afastado, nos termos da Lei nº 12.234/2010. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (STM. Recurso em Sentido Estrito 7000477-13.2020.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 8.10.2020. Publicado em 27.10.2020).
>
> EMENTA: ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. REJEIÇÃO. DELITO DELINEADO E PROVADO. CRIME PERMANENTE. PROVIMENTO PARCIAL. [...] Descabe acolher o pleito ministerial no que se refere à continuidade delitiva eis que o crime de estelionato previdenciário – na forma ocorrida na espécie – é de natureza permanente, isto é, constitui crime cuja consumação se prolonga no tempo pela vontade do Agente. Rejeição da Preliminar de incompetência, por unanimidade. Provimento parcial do Apelo Ministerial, por unanimidade. (STM. Apelação 7001097-59.2019.7.00.0000. Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos. Julgado em 6.2.2020. Publicado em 17.2.2020).

> EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. MILITAR REFORMADO JUDICIALMENTE POR PATOLOGIA MENTAL. POSSE EM CARGO PÚBLICO ANTERIOR AO PLEITO DE REFORMA. SUPOSTA OMISSÃO DOLOSA DE REAL CONDIÇÃO DE SAÚDE. JUSTA CAUSA. VERIFICAÇÃO. LOCUPLETAMENTO MENSAL. FRAUDE RENOVADA PERIODICAMENTE. CRIME PERMANENTE. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA CÍVEL. NÃO CABIMENTO. *WRIT* CONHECIDO. ORDEM DENEGADA. DECISÃO POR UNANIMIDADE. [...] 2. *In casu*, o cotejamento das datas de desligamento do paciente das fileiras da Força Terrestre com a do pedido judicial de reforma e da sua posse no cargo público, somadas à inexistência de dúvida acerca da ocorrência do suposto delito e do prejuízo dele decorrente, por si só, já configuram a justa causa necessária para a continuidade da ação penal. 3. Havendo dúvida razoável quanto a real incapacidade do paciente para as atividades civis, deve ser preservado o processo criminal. 4. Nos casos em que o agente se locupleta mensalmente com o resultado do ato perpetrado, o crime é de caráter permanente, uma vez que a fraude é periodicamente renovada até a sua descoberta. 5. Alegações de matéria cível, cujos objetos são diferentes dos de uma ação penal, devem ser discutidas na esfera pertinente. 6. Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada. 7. Decisão por unanimidade. (STM. Habeas Corpus 7000499-08.2019.7.00.0000. Rel. Min. Alvaro Luiz Pinto. Julgado em 14.8.2019. Publicado em 30.8.2019).

Feitas tais considerações, passo a dosar a pena.

Na primeira fase de dosimetria, considerados a primariedade, os bons antecedentes, a culpabilidade e demais circunstâncias judiciais elencadas do art. 69 do CPM, fixa-se a pena-base no seu mínimo legal: 2 anos de reclusão. Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar. Na terceira fase, não há na espécie causas especiais de aumento ou diminuição da pena, o que resulta no *quantum* definitivo de 2 anos de reclusão.

Concede-se ao Apelado 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 CPPM, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, bem como designa-se o insigne Juiz Federal da Justiça Militar prolator da Sentença, para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do mesmo Diploma Legal.

Fixa-se o regime prisional inicialmente aberto, para fins de eventual cumprimento em estabelecimento civil, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal Brasileiro, exclusivamente em caso de revogação do sursis; e o direito de recorrer em liberdade, nos termos do art. 527 do CPPM.

Pelo exposto, dou **provimento parcial** ao Recurso para reformar a Sentença recorrida e condenar o civil César Augusto de Souza da Fontoura como incurso no art. 251 do CPM, à pena de 2 anos de reclusão, conceder o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de recorrer em

liberdade, com delegação para a realização de audiência admonitória ao nobre Juiz Federal da Justiça Militar da União da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos termos do art. 611 do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em **conhecer** e, por maioria, dar **provimento parcial** ao Apelo do Ministério Público Militar para reformar a Sentença recorrida e condenar o civil César Augusto de Souza da Fontoura como incurso no art. 251 do Código Penal Militar, à pena de 2 anos de reclusão, conceder o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de recorrer em liberdade, com delegação para a realização de audiência admonitória ao Juiz Federal da Justiça Militar da União da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, nos termos do art. 611 do Código de Processo Penal Militar.

Brasília, 10 de junho de 2021 – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro-Relator para o acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO
Apelação Nº 7001457-91.2019.7.00.0000

Em sessão de julgamento virtual realizada no período de 7 a 10 de junho de 2021, o Tribunal, após o retorno de vista do eminente Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, apreciando a presente Apelação, **por unanimidade**, conheceu do Recurso e, **por maioria**, deu-lhe parcial provimento para condenar o civil CESAR AUGUSTO DE SOUZA DA FONTOURA como incurso no art. 251 do CPM, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de recorrer em liberdade, com delegação para a realização de audiência admonitória ao Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, consoante o disposto no art. 611 do CPPM.

Por ocasião do julgamento, divergi da maioria dos meus eminentes pares, pelas razões e fundamentos sobre os quais passo a discorrer.

Em seu recurso, o Ministério Público Militar sustenta a reforma da Sentença absolutória vergastada para que o apelado fosse condenado, como incurso no art. 251, § 3º, do CPM (estelionato em detrimento da administração militar), aduzindo, em síntese, que:

1. A materialidade delitiva já estaria comprovada pela Ação Ordinária nº 2003.71.00.047009-4, na qual o Acusado, na qualidade de requerente, buscou sua reintegração e reforma militar. Nesses autos, conforme o MPM, constam fotos do apelado praticando esportes que exigem muito vigor físico

(como futebol e vôlei de areia), pelo requerimento encaminhado ao comando do 22º GAC de Uruguaiana em que se qualifica como desempregado mesmo patrocinando, como advogado, 37 (trinta e sete) ações perante a Justiça Federal; e

2. Não obstante a discussão judicial acerca do direito de reforma, o Acusado utilizou-se de meios fraudulentos para, através de Ação Judicial, obter indevidamente o benefício de aposentadoria militar/reforma militar.

Com efeito, a Defesa, em contrarrazões, aponta que:

> (...) todos os valores recebidos estavam amparados em decisão judicial, não havendo qualquer indício de que manteve a Administração Militar em erro. É dizer, a Administração Militar estava apenas cumprindo determinação judicial. (...).

Compulsando-se os autos, verifica-se que o Recorrido acionou a Justiça Federal, em 20 de junho de 2003, visando à nulidade de seu licenciamento do Exército Brasileiro, com sua consequente reintegração e reforma.

Em 20 de setembro de 2003, obteve decisão antecipatória de tutela favorável, que lhe garantiu, mesmo que de maneira precária, a reincorporação, como adido, a percepção de remuneração correspondente à graduação que ocupava na ativa e o direito à assistência médico-hospitalar. Em 28 de setembro de 2014, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) cassou essa liminar concedida ao dar provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto pela União.

No mérito, a mencionada Ação Ordinária foi julgada procedente em 6 de maio de 2005, decisão que considerou o Acusado inválido, anulando o ato de licenciamento e declarando o direito à reforma. Como consequência também condenou a União ao pagamento das parcelas vincendas e vencidas desde o ato anulado, com as devidas correções e os juros.

A União apelou ao TRF4 e, no julgamento do recurso e da remessa necessária, a 3ª Turma daquele Tribunal, por unanimidade, negou-lhes provimento em Acórdão assim ementado:

> ADMINISTRATIVO. MILITAR ACOMETIDO DE MOLÉSTIA DURANTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O SERVIÇO MILITAR E PARA ATOS LABORATIVOS DA VIDA CIVIL. DIREITO À REFORMA.
>
> 1. A aquisição de moléstia que incapacite o militar de forma definitiva para a atividade no Exército enseja a reforma do militar, nos termos da Lei 6.880/1980.
>
> 2. A contemporaneidade entre o surgimento dos problemas físicos e a prestação do serviço militar configura a responsabilidade estatal, conforme precedentes jurisprudenciais, sendo inclusive desnecessária a comprovação de nexo causal estrito.

> 3. Precedentes deste Eg. Tribunal.
>
> 4. Improvimento da apelação e da remessa oficial. (Apelação nº 2003.71.00.047009-5/RS, Rel. Des. Fed. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, 3ª Turma, TRF4, julgado em 20/3/2006, DJ 9/8/2006).

Contra esse Acórdão a União interpôs Recurso Especial (REsp nº 942.795/RS) e, mesmo com REsp pendente de julgamento, deu-se início a execução provisória da Sentença, tendo o Juiz Federal da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre/RS, em 10 de maio de 2010, ordenado que a União cumprisse a obrigação de fazer estipulada na Sentença.

Dessa forma, o Acusado foi reformado provisoriamente, com proventos de 3º Sargento, na condição de inválido, a contar de 1º de novembro de 2000, conforme Portaria nº 999-DCIP.21, de 7 de julho de 2010.

Quanto ao julgamento do citado REsp, em decisão monocrática proferida em 24 de março de 2011, a eminente Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA deu provimento ao recurso da União por entender que:

> (...) a situação do autor, todavia, não se ajusta a essa hipótese; inaptidão gerada pela doença de que padece o autor se restringe à atividade militar, como reconhecido, podendo ele exercer atividades no âmbito civil, de modo a prover sua subsistência. Tais conclusões são reforçadas, inclusive, pelas informações constantes dos autos de que o autor, atualmente, é advogado, em pleno exercício das funções.

Contra essa Decisão o Acusado, em causa própria, interpôs Agravo Regimental que foi provido pela E. Ministra para negar provimento ao REsp baseando-se na Súmula 7 daquele Tribunal, sob o seguinte argumento:

> (...) Na verdade, extrai-se do processado que as instâncias ordinárias, soberana no exame das provas, entenderam pela nulidade do licenciamento do ora recorrido tendo em conta que ele se encontrava incapacitado tanto para o serviço militar, quanto para o labor civil, fazendo jus, desse modo, à reforma militar. (...).

Diante da mencionada Decisão, a União interpôs Agravo Regimental ao qual a Sexta Turma do STJ, à unanimidade, negou provimento. Assim, a situação favorável ao Acusado transitou em julgado em 18 de agosto de 2011.

Inconformada, a União ingressou com Ação Rescisória, em 19 de dezembro de 2012. Essa ação foi provida para reconhecer parcialmente procedente a Ação Ordinária, no sentido de assegurar a reintegração às fileiras do Exército Brasileiro desde o seu licenciamento até a data de sua inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 2008, quando deu início ao exercício da advocacia. O Acórdão da 2ª Seção do TRF 4 restou assim ementado:

> AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. REINTEGRAÇÃO. INCAPACIDADE.

> O art. 110, § 1º, da Lei nº 6.880/80, prevê que o militar será reformado quando, verificada a incapacidade definitiva, for considerado inválido não só para o serviço militar, mas para qualquer trabalho.
>
> A despeito de a perícia judicial, realizada na ação originária, ter apurado que, naquele momento, o militar era incapaz para o desempenho de atividade laboral, em especial para as que demandassem esforço físico, antes do trânsito em julgado, ele graduou-se em Direito e em 2008, após o registro profissional na OAB, iniciou o exercício da advocacia.
>
> Ao desconsiderar que o réu atuava como advogado desde 2008 e conceder-lhe reforma militar, o acórdão rescindendo incorreu em violação ao artigo 110, § 1º, da Lei nº 6.880/800. (Ação Rescisória nº 0012643-21.2012.404.0000/RS, Rel. Des. Fed. VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, 2ª Seção, TRF4, julgado em 30/10/2014).

Em face desse Acórdão foram opostos aclaratórios aos quais se deu parcial provimento somente para fins de prequestionamento.

Irresignado com a situação, o Acusado interpôs REsp, ao qual foi atribuído o nº 1.561.137/RS, que estava pendente de julgamento quando proferida a Sentença na presente Ação Penal Militar. Verificando os andamentos fornecidos pelo sítio eletrônico do Tribunal da Cidadania[84], lá consta que a eminente Ministra Relatora ASSUSETE MAGALHÃES não conheceu do recurso, mantendo-se o entendimento da 2ª Seção do TRF4 e que a decisão transitou em julgado em 20 de maio de 2020.

Com efeito, a situação do Acusado somente se modificou em 30 de outubro de 2014, passando à condição de transitada em julgado somente em 20 de maio de 2020, após uma verdadeira batalha judicial que terminou com uma Decisão proferida em sede de Recurso Especial interposto contra Acórdão proferido em Embargos de Declaração em Ação Rescisória.

Essa Ação Rescisória foi impetrada contra Sentença em Ação Ordinária, em que se teve uma tutela antecipada deferida e cassada após o provimento de um Agravo de Instrumento, e que transitou em julgado somente depois que se negou provimento a um Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Especial interposto contra Acórdão do TRF 4 que julgou a Apelação.

Essa celeuma jurídica envolvendo o direito do Acusado, da Ação Ordinária juntamente com a Ação Rescisória, durou quase 17 (dezessete anos), de 20 de junho de 2003 a 20 de maio de 2020.

Traçado esse panorama fático, observa-se que, para a configuração do delito de estelionato contra a Administração Militar, previsto no art. 251, § 3º, do CPM, é imprescindível o dolo, sendo o núcleo do tipo obter, alcançar vantagem ilícita em prejuízo da citada Administração, mediante fraude, ou por

[84] http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio.

qualquer meio capaz de enganar, iludir ou ludibriar a vítima, nesse caso o Exército Brasileiro. O bem jurídico tutelado é o patrimônio público, e o crime consuma-se quando da obtenção da referida vantagem indevida em detrimento da Administração Militar, configurando, pois, duplo resultado.

Assim dispõe o Código Penal Militar:

> Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 7 (sete) anos. (...)
>
> § 3º A pena é agravada, se o crime é cometido em detrimento da administração militar.

Ainda que questionável o direito do Acusado à reforma, confirmado parcialmente pela citada Ação Rescisória, em que pesem os argumentos ministeriais elencados alhures, *data venia*, não entendo que restou devidamente comprovado o emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Não obstante a decisão proferida na mencionada Ação Rescisória, transitada em julgado somente em 20 de maio de 2020, que assegurou a reintegração ao Exército desde o licenciamento até a inscrição do apelado na OAB, em 2008, os valores até então recebidos eram por força de determinação judicial e, mesmo que os tenha recebido até 2015, não o fez por meio ardil.

Ou seja, a vantagem obtida pelo Acusado entre julho de 2010 até janeiro de 2015 não se baseou em artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento com o fim de manter a Administração Militar em erro, mas sim em decisão judicial.

E ainda, mesmo que não tenha direito a essas parcelas, conforme decisão proferida em Ação Rescisória, sua responsabilização e ressarcimento compete à seara cível, pois ausentes os elementos formadores do crime de estelionato.

Nesse sentido acompanho o entendimento da PGJM, exposto no parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. ARILMA CUNHA DA SILVA:

> (...) Com a devida *venia* ao esforço do *Parquet* Castrense, da análise de toda a instrução criminal, não se constata a existência da perpetração da fraude com o intuito inequívoco de enganar a Administração Castrense. Ao contrário, depreende-se que em todo o lapso temporal, sobretudo entre julho/2010 até janeiro/2015, havia uma robusta celeuma jurídica para o alcance final do direito de reforma do acusado, que ainda não findou (Eventos 170 e 172).
>
> Além disso, o objeto do debate restringe-se ao reconhecimento ou não do direito do acusado à reforma, seja na condição de invalidez ou de

incapacidade definitiva para o serviço das Forças Armadas. Portanto, não há como aferir dentro desse cenário as elementares para a plena configuração do crime de estelionato (art. 251 do CPM), a ensejar uma possível responsabilização criminal da conduta em tela atribuída ao acusado.

O crime de estelionato somente se perfaz, em sua inteireza, com o claro emprego de meios fraudulentos (artifício, ardil ou qualquer outro meio). No caso concreto, ainda que questionável sob vários aspetos a discussão jurídica do direito à reforma, o acusado em momento algum agiu sob as sombras de uma manobra ardilosa. *Contrario sensu*, utilizou-se do aparato do Poder Judiciário, em processo público, com amplo conhecimento inclusive da Administração Militar.

(...)

Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifesta-se pelo conhecimento do presente Recurso de Apelação e, no mérito, pronuncia-se por seu desprovimento. (Grifo nosso).

Portanto, considerando o que o Acusado recebeu os valores em razão de decisão judicial que vigorava ao tempo, entendo que restaram ausentes os elementos constitutivos do tipo, razão pela qual a absolvição é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao Recurso do Órgão Ministerial, para manter a Sentença recorrida que absolveu o Civil CESAR AUGUSTO DE SOUZA DA FONTOURA do crime previsto no art. 251, § 3º, do Código Penal Militar, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Assim, divergindo da corrente majoritária, votei pelo conhecimento e pelo não provimento do apelo ministerial para manter a Sentença recorrida que absolveu o Civil CESAR AUGUSTO DE SOUZA DA FONTOURA do crime previsto no art. 251, § 3º, do Código Penal Militar, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 10 de junho de 2021.

Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo
Ministro-Relator

Conselho de Justificação

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 7000093-50.2020.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Requerente: Marinha do Brasil.

Requerido: Gileno Costa da Silva.

Advogado: Dr. Helion Caldas Moura Filho (OAB: RJ86052).

EMENTA

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE EM FACE DA SUSPEIÇÃO DO PRESIDENTE DO CONSELHO. ALEGADA AMIZADE COM O OFICIAL DENUNCIANTE. COMPROVAÇÃO DE MERA RELAÇÃO PROFISSIONAL. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR. INTEMPESTIVIDADE. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. CONCLUSÃO DOS TRABALHOS ALÉM DO PRAZO LEGAL. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PECULIARIDADE E COMPLEXIDADE DA CAUSA. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DA INTEGRALIDADE DA DOCUMENTAÇÃO. NÃO ESPECIFICAÇÃO DAS PEÇAS FALTANTES. PRESENÇA NOS AUTOS DOS TERMOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE E DE REQUISITOS PARA INSTAURAÇÃO DO CONSELHO. MATÉRIA IMBRICADA COM O MÉRITO. ART. 81, § 3º DO RISTM. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. SESSÃO SECRETA DO CONSELHO PARA ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO DECISÓRIO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO.

DECISÃO POR MAIORIA. PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. FASE DE DEFESA PRÉVIA. IMPERTINÊNCIA DOS PEDIDOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM OS ELEMENTOS DO PROCESSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO SUBMISSÃO DO JUSTIFICANDO À PRÉVIA INSPEÇÃO DE SAÚDE MENTAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA INSTAURAÇÃO DO CONSELHO. IMBRICAÇÃO DA MATÉRIA COM O MÉRITO. ART. 81, § 3º DO RISTM. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INDEFERIMENTO PARA GRAVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS EM SISTEMAS AUDIOVISUAIS. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INTERFERÊNCIA DA ASSESSORIA JURÍDICA DURANTE AS SESSÕES DO CONSELHO. LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO. NATUREZA TÉCNICA DE APOIO. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR. EXTRAÇÃO DE PEÇAS PROCESSUAIS. ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. VISTA OBRIGATÓRIA À PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. PEDIDO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR DE NULIDADE. ARGUIÇÃO DE OFÍCIO POR MEMBRO DA CORTE. INOBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA. ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO PELO COMANDANTE DA MARINHA. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 5.836/1972. ESPECIALIDADE DA NORMA. JUSTIFICANDO ASSISTIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À AMPLA DEFESA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. SUCESSIVAS PRISÕES RIGOROSAS NO INTERVALO DE UM ANO. PERÍODO SUPERIOR A TRINTA DIAS. CONDUTA IRREGULAR. VIOLAÇÃO AO PATRIOTISMO E AOS PRECEITOS ÉTICOS MILITARES. ALEGADA PERSEGUIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA INEFICIÊNCIA DO JUSTIFICANTE. OFICIAL CONSIDERADO CULPADO. INDIGNIDADE PARA COM O OFICIALATO. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. PROCEDÊNCIA. DECISÃO POR MAIORIA.

A amizade decorrente da relação profissional entre os Oficiais integrantes do Conselho, e até mesmo com uma ou outra testemunha, não configura a hipótese de suspeição de qualquer deles. Os fatos se deram no âmbito do Grupamento de Mergulhadores de Combate e, por essa razão, é natural que os integrantes que venham a compor o Conselho sejam da mesma especialidade técnica do Justificante, muitas vezes com exercício de ofícios no mesmo setor. Preliminar rejeitada por unanimidade.

Apesar da regra estabelecida no art. 11 da Lei nº 5.836/1972, não existe imposição de sanção para o seu descumprimento. Há casos em que a condução do processo naturalmente exigirá um empenho maior de seus envolvidos na apuração da verdade. Não se verifica nenhum atraso demasiadamente longo, pois o relatório foi apresentado à Defesa 12 (doze) dias após a expiração do prazo, contado da instauração do Conselho, período considerado razoável em face da complexidade dos fatos constantes dos autos. Rejeição da preliminar por unanimidade.

Em face da vasta documentação acostada aos autos, não há como prosperar a arguição de cerceamento de defesa, se não há a especificação de eventual documento faltante nos autos. Rejeição da preliminar. Decisão unânime.

A preliminar de nulidade por ausência de tipicidade e de requisitos para a instalação do Conselho de Justificação é matéria que se conecta com o mérito processual, nos termos do art. 81, § 3º, do RISTM, e por essa razão, não deve ser conhecida. Decisão unânime.

Não procede a arguição de nulidade pretendida por violação da publicidade dos atos administrativos, na medida em que o Justificante, à exceção da sessão para deliberação do relatório, presenciou todos os atos do Conselho de Justificação em audiência aberta, conforme as atas acostadas aos autos, nas quais esteve a todo tempo acompanhado por seu advogado. Preliminar rejeitada por maioria.

Pedidos formulados na fase de defesa prévia que se mostram impertinentes, tais como a juntada de fichas de transgressões de todo o efetivo da OM, além de relatório de visitas médicas do Justificando durante a prisão disciplinar. Diligências que não têm o condão de esclarecer as dúvidas pertinentes nos processos, mas relacionadas a fatos ocorridos durante o cumprimento das infrações disciplinares, período esse alcançado pela preclusão consumativa. Preliminar rejeitada por unanimidade.

Ausência de demonstração da imprescindibilidade de submissão do Justificante à inspeção de saúde mental. Não consta dos autos nenhum elemento que assegure a falta, integral ou parcial, da sua capacidade de discernimento, a ponto de isentá-lo da responsabilidade pelas infrações cometidas. Rejeição da preliminar. Decisão unânime.

Nem todos os órgãos do Poder Executivo dispõem de sistema eletrônico próprio para tramitação dos feitos administrativos. Por essa razão, não é imprescindível que os depoimentos sejam registrados em mídia digital, bastando que sejam reduzidos a termo, como sempre ocorreu em processos dessa espécie. No

presente Conselho de Justificação, as declarações estão devidamente reproduzidas mecanicamente e assinadas pelos membros do Conselho e pelos respectivos depoentes. Preliminar que se rejeita por unanimidade.

Mesmo diante da hipótese de eventual atuação de algum funcionário da assessoria jurídica nas sessões do Conselho, não se pode impedir que seus membros se valham de consultoria ou de opiniões técnicas acerca do processo. Isso não o invalida, apenas previne os oficiais de cometerem equívocos processuais. Preliminar que se rejeita por decisão unânime.

Revela-se prejudicado o pedido de extração de peças para encaminhamento ao Ministério Público Militar em face da previsão de vista obrigatória dos autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar. Decisão unânime.

Mesmo que o Código de Processo Civil estabeleça, em seu art. 75, inciso I, que a União será representada em juízo, ativa e passivamente, pela Advocacia-Geral da União, prevalece a regra prevista no art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/1972, em razão da sua especialidade. Importa frisar que o rito ora questionado pela eminente Ministra não importa em prejuízo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista a assistência ao Justificando por Defensor constituído, o qual acompanhou o processo desde a sua origem, em pleno exercício das prerrogativas conferidas pelo Estatuto da Advocacia. Preliminar que se rejeita por decisão unânime.

Não obstante o Justificante apresentar conceitos de avaliação dentro da normalidade no período anterior a 2017, o seu empenho e o seu interesse pelas atribuições militares sofreram severa queda no ano de 2018 em face das punições sofridas nesse período, as quais se agravaram por terem ocorrido no curto intervalo de 12 (doze) meses. O desprezo do militar à instituição se revelou na insistência em permanecer no erro e em desafiar a autoridade de seus superiores, a ponto de questionar a sua eficiência como Oficial da Marinha do Brasil.

A eficiência, com maior razão, também é exigível aos membros das Forças Armadas, em razão da atribuição precípua conferida a essas instituições no art. 142 da Constituição Federal, de defesa da Pátria, das garantias dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. O art. 28, inciso II, do Estatuto dos Militares traz explicitamente a obrigatoriedade de se observar esse princípio.

A conduta moral e profissional irrepreensível é atributo inafastável da vida militar, de forma que a afronta a esse valor básico da carreira abala severamente os pilares de sustentação das Forças Armadas.

Conforme se depreende do libelo acusatório, o Justificante deliberadamente descumpriu esses preceitos, ao incorrer, de forma sequenciada, nas inobservâncias de horário e no manifesto e espontâneo desrespeito às ordens de seus superiores, bem como às normas e aos regulamentos citados, conforme consta da sua ficha de conceito e das punições documentadas nos autos.

Acolhido o Conselho de Justificação para considerar o Oficial culpado das acusações constantes do libelo e declará-lo indigno do Oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836/1972.

Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a arguição de suspeição do Presidente do Conselho de Justificação, levantada pela Defesa, em sede de preliminar, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, indeferiu a segunda preliminar de intempestividade do Conselho de Justificação, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, rejeitou, por falta de amparo legal, a terceira preliminar de cerceamento de defesa, por ausência de peças processuais; **por unanimidade**, não conheceu da quarta preliminar defensiva de ausência de tipicidade e de requisitos para instalação do Conselho de Justificação, consoante dispõe o art. 81, § 3º, do RISTM; **por maioria**, rejeitou, por falta de amparo legal, a quinta preliminar de nulidade, que questiona a realização da sessão secreta para deliberação do Relatório pelo Conselho de Justificação, contra os votos dos Ministros José Coêlho Ferreira e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que declaravam revogados os arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal e manifestavam-se pela declaração de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto. Na sequência, rejeitou, **por unanimidade**, a sexta preliminar de cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento de diligências requeridas na fase de defesa prévia, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, indeferiu a sétima preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, decorrente da não submissão do Justificante à prévia inspeção de saúde, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, não conheceu da oitava preliminar de nulidade em face da ausência de justa causa para a instauração do Conselho de Justificação, consoante o disposto no art. 81, § 3º, do RISTM; **por unanimidade**, rejeitou a nona preliminar defensiva, de nulidade em face do indeferimento do pedido para a gravação dos depoimentos em processo digital; **por unanimidade**, rejeitou a décima preliminar defensiva, de nulidade sob a alegação de interferência da Assessoria Jurídica junto aos membros do Conselho de Justificação; **por unanimidade**, julgou prejudicado o pedido de extração de

documentos para encaminhamento ao MPM, em face da vista integral do processo concedida à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, analisado na condição da décima primeira preliminar. Prosseguindo, o Tribunal, **por maioria**, rejeitou a décima segunda preliminar, suscitada pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que dava interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante da Marinha, ao remeter os autos ao STM, fosse presentado pela Advocacia-Geral da União e, em consequência, julgava extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Na sequência, no mérito, **por maioria**, o Tribunal, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, julgou procedente o Conselho de Justificação, para considerar o Capitão-Tenente Gileno Costa da Silva culpado das acusações constantes do libelo e declará-lo indigno do oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei 5.836/1972. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Lúcio Mário de Barros Góes e Péricles Aurélio Lima de Queiroz votavam para que o Capitão-Tenente Gileno Costa da Silva fosse considerado não justificado e incapaz de permanecer na ativa da Marinha do Brasil, e, por consequência, determinavam sua Reforma, nos termos do art. 2º, inciso I, alíneas "b" e "c", c/c art. 16, inciso II, da Lei 5.836, de 5/12/1972.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel e Celso Luiz Nazareth. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira (Revisor), Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi não participaram do julgamento da décima segunda preliminar. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor) fará voto vencido. O Ministro José Coêlho Ferreira fará declaração de voto quanto à quinta preliminar. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento da segunda preliminar. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha fará declaração de voto quanto à décima segunda preliminar. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 15/4/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de processo oriundo do Conselho de Justificação, instaurado por determinação do Exmo. Sr. Comandante da Marinha, por meio da Portaria nº 150/MB, de 27 de maio de 2019, para julgar o Capitão-Tenente **GILENO COSTA DA SILVA** por ter sido enquadrado no art. 2º, inciso I, alínea "b", da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, conforme as acusações constantes no Libelo acusatório, *in verbis*:

a) De acordo com seus assentamentos militares, o Oficial foi punido com trinta e três dias de prisão rigorosa, no período de doze meses consecutivos, pela prática das contravenções disciplinares a seguir discriminadas:

I - punido com cinco dias de prisão rigorosa, em 16MAR2018, pelo comandante do Grupamento de Mergulhadores de Combate (GRUMEC), por ter cometido as seguintes contravenções disciplinares, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 43/2018 do GRUMEC (Anexo B):

- Chegou atrasado para render o Oficial de Serviço do GRUMEC no dia 10MAR2018, sem justificativa;

- Não compareceu à passagem de serviço no horário normatizado no dia 10MAR2018;

- Não reuniu o quarto de serviço para transmitir as ordens e recomendações previstas no dia 10MAR2018;

- Não participou à autoridade a que estava subordinado, em tempo, sobre a impossibilidade de comparecer ao GRUMEC para assumir o serviço de Oficial de Serviço do GRUMEC, no dia 10MAR2018;

- Descumpriu ordem regulamentar ao deixar de fazer os registros e ocorrências necessários, no Livro do Oficial de Serviço do GRUMEC, por ocasião da passagem do serviço de Oficial de Serviço do dia 10MAR2018 para 11MAR2018; e

- Cometeu as faltas supracitadas na presença de subordinados.

II - punido com seis dias de prisão rigorosa, em 28JUN2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter cometido as seguintes contravenções disciplinares no dia 05ABR2018, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 96/2018 do GRUMEC (Anexo C);

- Regressou atrasado, sem justificativa, estando de serviço;

- Não compareceu ao reunir para a passagem de serviço no horário normatizado; e

- Não informou ao Imediato do GRUMEC sobre a impossibilidade de comparecer para assumir o serviço, no dia 05ABR2018.

III - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06AGO2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de cargos e formação de cadastro de reserva nos cargos de Analista Judiciário e Técnico Judiciário do quadro de pessoal da Justiça Federal de 1º e 2º graus, regido pelo Edital nº 1- TRF, de 5 de setembro de 2017, descumprindo norma regulamentar prevista no item 4.1 do Cap. 4 da DGPM-301 (2ª Revisão)

(Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

IV - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06AGO2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de cargos e formação de cadastro reserva nos cargos de Analista Judiciário e Técnico Judiciário da Justiça Militar da União (JMU), regido pelo Edital nº 1-STM, de 14SET2017, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamentos constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

V - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06AGO2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro reserva nos cargos de nível superior e de nível médio/técnico da área Administrativa com lotação nas unidades da Rede EBSERH, regido pelo Edital nº 4-EBSERH-Área Administrativa, de 22 de março de 2018, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

VI - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06AGO2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de vagas nos cargos de Oficial de Inteligência, de oficial Técnico de Inteligência e de Agente de Inteligência, integrantes do Plano de Carreira e Cargos da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), regido pelo Edital nº 1-ABIN, de 2 de janeiro de 2018, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico de Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

VII - punido com quatro dias de prisão rigorosa, em 06AGO2018, pelo Comandante do GRUMEC, por deixar de cumprir ordem do Imediato do GRUMEC de regressar para bordo e por faltar o dia de expediente, em 19JUL2018, sem justificativa, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

VIII - punido com dois dias de prisão rigorosa, em 20SET2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de tomar qualquer ação para responder as determinações emanadas por duas mensagens do Comando do Material de Fuzileiros Navais (CMATFN), sem justificativa, sendo negligente no desempenho do serviço que lhe fora confiado, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 135/2018 do GRUMEC (Anexo F);

IX - punido com três dias de prisão rigorosa, em 20SET2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro (TER-RJ), regido pelo Edital nº 1/2017, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 135/2018 do GRUMEC (Anexo F); e

X - punido com um dia de prisão rigorosa, em 20SET2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter reincidido no não cumprimento de ordem regulamentar, tendo como agravante o acúmulo de contravenções simultâneas e correlatas, bem como maus antecedentes, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 135/2018 do GRUMEC (Anexo F).

b) Conforme se depreende dos fatos elencados no item anterior, percebe-se o desprezo do Justificante pelas normas regulamentares que regem a caserna, fato exaustivamente demonstrado pelos reiterados descumprimentos de normas regulamentares, denotado por sete incidências no item 28, do artigo 7º, do Decreto-Lei 88.545/83 – Regulamento Disciplinar para a Marinha (RDM), qual seja: "deixar de cumprir ou fazer cumprir, quando isso lhe competir, qualquer prescrição ou ordem regulamentar".

c) Além disso, o Oficial possui um conjunto de transgressões relacionadas ao descumprimento de horários, com reflexos negativos para o atributo da liderança sobre seus subordinados, também obrigados à referida prestação. Nesse âmbito, acumula um total de duas transgressões incidentes nos itens 51 e 52, do art. 7º, do RDM; quais sejam: "51. Deixar de participar em tempo à autoridade a que estiver diretamente subordinado a impossibilidade de comparecer à Organização militar ou a qualquer ato de serviço a que esteja obrigado a participar ou a que tenha que assistir", e "52. Faltar ou chegar atrasado, sem justo motivo, a qualquer ato ou serviço de que deve participar ou a que deva assistir". Essas condutas são agravadas por terem sido praticadas na presença de subordinados, conforme previsto na alínea *i* do art. 10º do RDM;

d) No conjunto, o fato de ter cometido fatos típicos transgressivos, que acarretaram o total de trinta e três dias de prisão rigorosa como punição, representa grave afronta ao princípio basilar da Disciplina, um dos alicerces da profissão militar, insculpido no *caput* do art. 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998;

e) Considerando-se os fatos apresentados nesta peça de acusação, relacionados ao conjunto de transgressões cometidas de forma reiterada, reincidente e no prazo de doze meses consecutivos, salienta-se que o Justificante em muito atentou contra os preceitos da ética militar, em específico:

- O Pundonor, representado pelo esforço do militar para pautar sua conduta como a de um profissional correto, em serviço ou fora dele;

- O Decoro da Classe, inerente ao valor moral e social que a sociedade quer e exige de um membro da Instituição Marinha;

- O Sentimento do dever, representado pelo exercício das funções que couber ao militar em decorrência do cargo, cumprimento das leis, regulamentos e ordens e dedicação integral ao serviço; e

- A Honra Pessoal, conduta pessoal, boa reputação e respeito de que o militar é merecedor perante seus superiores, pares e subordinados.

Tais valores, pelas peculiaridades da profissão, não podem sofrer máculas, sob a infeliz consequência de abalar os alicerces da carreira militar naval. Sendo assim, os fatos atribuídos ao justificante infringem os preceitos da ética militar, dispostos nos artigos 27, I; 28, I, II, IV, VII, XIII e XIX; e 31, III, IV e V, todos do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), *in verbis*:

Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar:

I - 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;

(...)

Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:

I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;

II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;

(...)

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

(...)

VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço;

VIIII - praticar a camaradagem e desenvolver, permanentemente, o espírito de cooperação;

IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;

(...)

> 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:
>
> (...)
>
> III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
>
> IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;
>
> V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e (...)
>
> f) Pelos argumentos supracitados, conclui-se que os fatos submetidos a este Conselho de Justificação trazem reflexos negativos para a carreira do militar, principalmente no que tange à confiança dos superiores no profissional e à redução da capacidade de liderança do justificante. (evento 1 2-PROCADM, fls. 27/34).

Importa frisar a determinação do Comandante de informar ao justificante quanto à possibilidade de ser assistido por advogado (evento 1 4-PROCADM, fl. 8), sendo a defesa do justificante outorgada ao Dr. Helion Caldas Moura Filho (OAB/RJ 86.052) (evento 1 4- PROCADM, fl. 8).

O Justificante foi regularmente qualificado e interrogado (evento 1, 7-PROCADM).

Foram ouvidas as testemunhas arroladas no Libelo: o CF Elígio Guimarães de Moura (evento 1, 7-PROCADM fls. 22/26 e 8-PROCADM, fls. 1/5 cont); o CC Felipe Borges Castello Branco (evento 1, 8-PROCADM, fls. 6/16); e o CT Diego Santiago da Conceição (evento 1, 8-PROCADM, fls. 17/27);

Arroladas pela Defesa, foram ouvidos: o SO Nélio dos Santos Trindade (evento 1, 10-PROCADM, fls. 5/8); o CT Denilson Gonçalves Lino do Nascimento, ouvido por videoconferência, com certificação no termo de depoimento (evento 1, 10-PROCADM, fls. 9/12); o SO Gervanis José Beltrame (evento 1, 10-PROCADM, fls. 13/15); e o CC Geraldo Guilherme Ribeiro Pereira (evento 1, 10-PROCADM, fls. 16/25).

Constam dos autos os seguintes documentos:

- Documento do CESPE/CEBRASPE comunicando a inscrição do Justificante em 4 concursos (evento 1, 6-PROCADM, fl. 15);

- Requerimento da Defesa para identificação do Oficial acusador, e aplicação da regra prevista na Lei nº 11.719/2008, relativa à inversão da ordem do interrogatório, bem como a gravação de todos os depoimentos em mídia audiovisual (evento 1, 6-PROCADM, fls. 11/13);

- Defesa Prévia e Requerimento de Diligências (evento 1, 9-PROCADM, fls. 3/16);

- Decisão do Presidente em relação à Defesa Prévia (evento 1, 11-PROCADM, fls. 3/09);

- Folha de Avaliação de Oficiais - Ano 2011 (evento 1, 11-PROCADM, fls. 28/31);

- Folha de Avaliação de Oficiais - Anos 2012 a 2019 (evento 1, 12-PROCADM, fls. 1/17);

- Alegações Escritas (evento 1, 13-PROCADM);

- Documentos Anexos às Alegações Escritas (evento 1, 14 a 20-PROCADM até fl. 12);

- Documento oriundo da Comissão de Promoção de Oficiais informando que o Justificante não demonstra proficiência desejável no desempenho de cargos, com a motivação da sua não recomendação para inclusão em Escala de Comando, por apresentar média baixa de avaliação, não atendendo ao princípio da eficiência previsto na Constituição (evento 1, 15-PROCADM, fl. 10);

- Relatório (evento 1, 20-PROCADM a partir da fl. 13 até 22-PROCADM);

- Homologação do Relatório (evento 1, 26-PROCADM);

- Recurso da Defesa (evento 1, 23-PROCADM a partir da fl. 7 até 25-PROCADM);

- Decisão do Comandante da Marinha Indeferindo o Recurso (evento 1, 23-PROCADM, fl. 7).

Em relação às Fichas de Avaliação referentes aos períodos de 1º de janeiro de 2018 a 30 de junho de 2018 e de 1º de julho de 2018 a 8 de outubro de 2018 (evento 1, 14-PROCADM, fls. 16/17), consta a seguinte informação, *in verbis*:

> Oficial considerado incapaz para integrar uma equipe operativa do GRUMEC por falta de liderança, coragem moral, senso de responsabilidade, coerência de atitudes e comprometimento com a MB. Apresenta falhas gravíssimas de caráter e de lealdade, não assumindo suas falhas e faltas, procurando sempre se justificar de formas dissimulada com mentiras e incoerências. Normalmente se reserva ao direito de ficar calado e se recusa a responder quando questionado para não se comprometer com nada, demonstrando constante insegurança e desrespeito aos mais antigos. Possui liderança negativa perante seus pares e subordinados, apresentando postura incompatível com a militar, servindo como mau exemplo. Constantemente se esquiva de fainas e responsabilidades, colocando seus interesses pessoais sempre à frente das suas tarefas. Não se empenha para conduzir suas tarefas básicas no

> cotidiano, sobrecarregando os demais Oficiais e subordinados demonstrando constantemente que não está comprometido com o serviço.

Em alegações finais, a Defesa do Justificante, preliminarmente, pugnou pela dissolução do Conselho e pelo arquivamento do processo, alegando que os trinta e três dias de prisão rigorosa constituem imensa afronta aos direitos e garantias constitucionais. Apontou, ainda, outras irregularidades, como a intempestividade para instauração do Conselho e a inexistência de inspeção de saúde mental do Justificante para fins de justiça e disciplina. No mérito, pugnou pela improcedência do feito, a fim de ser o Justificante considerado capaz de permanecer no serviço ativo da Marinha do Brasil (evento 1, 13-PROCADM, fls. 1/43).

O Relatório do Conselho de Justificação concluiu, por unanimidade, em considerar o Justificante culpado das acusações que lhe foram imputadas, com fundamento no art. 12, § 1º, alínea "a", da Lei nº 5.836/1972 (evento 1, 20-PROCADM, fls. 13/18; 21-PROCADM fls. 1/27; 22-PROCADM, fls. 1/12).

Em recurso interposto, ainda na fase administrativa, a Defesa arguiu preliminares de nulidade do Conselho de Justificação e, no mérito, pugnou por sua improcedência, a fim de ser o Justificante considerado capaz de permanecer no Serviço Ativo da Marinha (evento 1, 23 a 25-PROCADM).

Contudo, o Exmo. Sr. Comandante da Marinha, por decisão de 7 de janeiro de 2020, concordou com o Relatório elaborado pelos membros Juízes, que, por unanimidade, considerou o Justificante culpado e incapaz de permanecer na ativa, tendo em vista a prática de faltas consideradas graves, a ponto de abalar fortemente a confiança de seus superiores hierárquicos, afetando a manifestação essencial do valor militar do 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, nos termos do inciso I do art. 27 da Lei nº 6.880/1980 – Estatuto dos Militares. Violou, ainda, os deveres militares que emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente, a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; a disciplina e o respeito à hierarquia; e o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens, conforme previsão contida nos incisos III, IV e V do art. 31 do mencionado Estatuto (evento 1, 26-PROCADM).

Após o recebimento dos autos nesta instância judicial em 12 de fevereiro de 2020, o processo foi distribuído ao então Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO pelo critério da prevenção, em face de ter sido o Relator da Apelação 7001082-90.2019.7.00.0000, conforme certidão da Secretaria Judiciária (evento 7). Em 29 maio de 2020, por motivos de licença para tratamento de saúde, foi determinada a redistribuição do feito. Coube ao então

Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS a sua relatoria (evento 11). Cumprida a instrução do feito e, em virtude da aposentadoria do nominado magistrado, os autos foram redistribuídos a este Relator.

A Apelação nº 7001082-90.2019.7.00.0000 diz respeito ao crime de abandono de posto, capitulado no art. 195 do CPM. O Justificante foi condenado à pena de 3 (três) meses de detenção, com o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto. A decisão foi mantida por esta Corte, na Sessão de Julgamento Virtual de 16 a 19 de novembro de 2020.

Regularmente intimado para apresentar defesa escrita, o Justificante reiterou as preliminares ofertadas ao recurso contra o relatório e, no mérito, pugnou pela improcedência do Conselho de Justificação, a fim de ser o Capitão-Tenente **GILENO COSTA DA SILVA** considerado capaz de permanecer no serviço ativo da Marinha do Brasil. Constam da peça defensiva os argumentos adiante sintetizados (evento 23).

Incialmente, o Justificante alega o cerceamento de defesa em face da ausência da integralidade dos elementos do processo, tais como depoimentos gravados em mídia digital, comunicações, ofícios etc. Pugna pela juntada desses documentos.

Preliminarmente, a defesa pugna pela nulidade do processo por cerceamento de defesa. Para tanto, afirma que os 33 (trinta e três) dias de prisão rigorosa constantes do libelo demonstram o *animus* de prejudicar o Justificante e de levá-lo a Conselho, tendo em vista a ocorrência dos fatos num curto período de 2017. Salienta que a maioria das imputações se referem à ausência de comunicação prévia acerca da inscrição em concursos públicos, fatos esses não considerados infrações disciplinares, nos termos do entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Com esse argumento solicita a retirada dos fatos descritos nos itens III, IV, V, VI e IX do Libelo acusatório por não se enquadrarem no art. 2º, inciso I, alínea "b", da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, a anulação e o consequente arquivamento do Conselho, em face da violação de direitos e de garantias do Justificante.

Alega, ainda, a nulidade dos atos que determinaram o cumprimento das prisões rigorosas impostas ao Justificante, sem submetê-lo à avaliação médica. Nesse contexto, afirma que, ao tempo dessas prisões, o Justificante sofria de ansiedade e fazia uso de medicamentos, razão pela qual deveria ser submetido à inspeção de saúde mental, a fim de ser aferida a sua aptidão para responder a Conselho de Justificação, conforme normativo interno da Marinha (DGPM-406 e DGPM-315).

Alega a nulidade do Conselho em face da não recepção dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/1972, pela Constituição Federal, sobretudo em seu art. 5º, inciso LX, tendo em vista a previsão de sessão secreta para deliberação do

Conselho. Sustenta não ter a Defesa participado desse ato e, por essa razão, a nulidade se revela em virtude da violação da ampla defesa e do contraditório.

Ainda em arguições preliminares, alega o cerceamento de defesa em face do indeferimento dos requerimentos do Justificante ainda na fase de defesa prévia do Conselho, nos termos do Ofício 19, de 29 de julho de 2019, constante do evento 1, DOCUMENTO-11, fls. 3/9).

Continua a Defesa sustentando a nulidade do feito em face do extenso lapso temporal entre a instauração do Conselho de Justificação, em 27 de maio de 2019, e sua conclusão em 14 de agosto de 2019.

Aponta a ausência de justa causa para instauração do Conselho de Justificação, com o argumento de terem sido as punições impostas ao Justificante pelo mesmo oficial, no caso o CF Aguiar, além de os itens apontados no libelo não se classificarem como faltas graves, capazes de atentarem contra os preceitos da ética, da honra, do pundonor e do decoro militares.

Alega, ainda, a suspeição do Presidente do Conselho, em razão do vínculo de amizade com uma das principais testemunhas constantes do libelo, no caso, o CF Elígio, ambos submarinistas e, por tal razão, o processo estaria contaminado em virtude da incontestável influência no relatório.

Ainda em sede de preliminar, a Defesa aponta o prejuízo em face do indeferimento dos registros dos depoimentos das testemunhas e do Justificante em mídia digital, com prejuízo à celeridade processual, além de expor as partes envolvidas ao cansaço desnecessário em face das audiências que duravam o dia inteiro.

A Defesa aponta a irregularidade do processo em face da interferência da assessoria jurídica nos atos do processo, fazendo-se presente nas sessões e contribuindo para o indeferimento das diligências solicitadas pelo Justificante, com manifesto prejuízo à defesa.

Ao final das preliminares, requer a extração de peças do Conselho com o respectivo encaminhamento ao Ministério Público Militar, a fim de se apurarem possíveis crimes de falso testemunho e demais irregularidades apontadas no processo.

No tocante ao mérito, a Defesa sustenta que a alegada ineficiência do Justificante não é compatível com as inúmeras comunicações internas feitas por ele, alertando a OM sobre o uso indevido dos meios e dos recursos disponíveis. Salienta não ser comum um militar tido como incompetente acumular atribuições de administração e logística e ainda receber elogios de seus superiores.

As acusações constantes do libelo revelam a intenção de macular a honra do justificante, contudo caem por terra diante das declarações das

testemunhas defensivas, a ponto de afastar a alegada permissividade com os subalternos, os atrasos e a má conduta em adestramento.

Com relação ao depoimento do Comandante Elígio, aponta a sua suspeição em face da inimizade notória com o Justificante, além da sua contradição, ao desqualificar o Justificante e, ao mesmo tempo, ao elogiá-lo no desempenho de suas atribuições.

Afirma que a alegada falta de interesse do Justificante de se aprimorar como oficial também não se sustenta diante dos dados existentes no sistema da OM (SIGMA), os quais comprovam os requerimentos do Justificante, inclusive, ao Comandante Elígio, quando se colocou à disposição para participar do Curso de Desativação de Artefatos Explosivos.

Sustenta a intenção do então Comandante do GRUMEC CF Aguiar e do CF Elígio de obstarem o desembarque do Justificante dessa OM com a intenção de puni-lo e levá-lo a Conselho, conforme ficou bem claro no depoimento deste último Oficial. Aduz que a verdade emergiu dos autos e as imputações de descrédito foram corroídas a ponto de afastar a alegada permissividade com subalternos, os atrasos e a má conduta em adestramento.

Salienta não ter o Justificante apresentado punições ou contravenções no ano de 2017, além de sua ficha apresentar comportamento excelente desde o término de sua formação em 2010, e nos anos seguintes, até o seu embarque no GRUMEC em 2014. Em março de 2018, passou a sofrer as prisões rigorosas aplicadas pelo Comandante Aguiar, de forma injusta e sequencial.

Aduz a improcedência das acusações em face da contradição explícita nas circunstâncias de responder a Conselho e, ao mesmo tempo, ser merecedor da confiança de seus superiores, ao ser designado como encarregado de PNR e de várias outras funções, além de participar normalmente de cursos de carreira (CEMOI – Curso de Estado Maior para Oficiais Intermediários).

Pugna, ao final, pelo acolhimento das preliminares de nulidade e, no mérito, seja o Conselho julgado improcedente, a fim de ser o Justificante considerado capaz de permanecer no serviço ativo da Marinha (evento 23).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por sua Subprocuradora-Geral Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes, opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, afirma que o conjunto das transgressões cometidas pelo Justificante ultrapassou a linha do aceitável, representando a sua insistência de violar as regras de disciplina da caserna. Tal proceder se reveste de gravidade suficiente a fim de ser apreciada a sua permanência na instituição militar, tendo em vista a quebra de confiança por seus superiores, representando sério abalo a sua capacidade de liderança.

Opina, ao final, para que seja o libelo conhecido e acolhido, a fim de ser o Justificante considerado não justificado das condutas pelas quais respondeu perante o Conselho (evento 26).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE NULIDADE
EM FACE DA SUSPEIÇÃO DO PRESIDENTE DO CONSELHO

Em virtude da natureza de prejudicialidade e da sua precedência em relação às demais preliminares, analiso em primeiro lugar a preliminar de suspeição do Presidente do Conselho.

A Defesa fundamenta a arguição no fato de ser o Presidente do Conselho de Justificação e a Testemunha CF Elígio Guimarães de Moura, considerado desafeto do Justificante, oriundos da mesma Turma da Escola Naval, fato esse perceptível durante a colheita dos depoimentos.

Aduz, ainda, serem os membros do Conselho de Justificação integrantes do Corpo da Armada, além de ser o Presidente e o Interrogante-Relator submarinistas ligados à Força de Submarinos, fatos esses que contaminaram o processo em razão dos contatos diários que mantinham com o Comandante do GRUMEC.

Não procede a arguição defensiva. A amizade decorrente da relação profissional entre os Oficiais integrantes do Conselho, e até mesmo com uma ou outra testemunha, não sustentam a hipótese de suspeição de qualquer deles. Os fatos se deram no âmbito do Grupamento de Mergulhadores de Combate e, por essa razão, é natural que os integrantes que venham a compor o Conselho sejam da mesma especialidade técnica do Justificante, muitas vezes com exercício de ofícios no mesmo setor.

A arguição de suspeição válida requer um vínculo que extrapole as relações habituais no âmbito profissional, exigindo um grau de afinidade que coloque efetivamente em dúvida a imparcialidade dos oficiais atuantes no processo. Não é o caso dos autos, pois, embora o Presidente e o CF Elígio sejam colegas de Turma, não há como abraçar a alegação de que a autoridade condutora do processo poderá ser induzida pela testemunha ou por qualquer membro do Conselho. Para atender ao interesse defensivo, seria necessária composição do Conselho por oficiais que desconhecessem as rotinas do GRUMEC, o que dificultaria a catalogação de dados para posterior análise de Comandante, ou até mesmo que fosse formado por membros pertencentes a Forças diversas, o que seria inaceitável.

Vige em todo processo administrativo disciplinar a lógica de que o militar ou o servidor tenha seu processo analisado por integrantes do órgão ao qual esteja vinculado, tendo em vista a proximidade desses com as peculiaridades e com a rotina das atividades desempenhadas no local, fatores esses que contribuem para uma melhor apuração das apontadas irregularidades.

Ademais, a Defesa não apontou nenhum impedimento legal da atuação do Presidente ou de quaisquer dos membros do Conselho, nos termos das hipóteses previstas no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.836/1972, a qual vale a pena transcrever, *in verbis*:

> Art. 5º O Conselho de Justificação é composto de 3 (três) oficiais, da ativa, da Força Armada do justificante, de posto superior ao seu.
>
> § 1º O membro mais antigo do Conselho de Justificação, no mínimo um oficial superior da ativa, e o presidente, o que lhe segue em antigüidade é o interrogante e relator, e o mais moderno, o escrivão.
>
> § 2º Não podem fazer parte do Conselho de Justificação:
>
> a) o oficial que formulou a acusação;
>
> b) os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco consangüíneo ou afim, na linha reta ou até quarto grau de consangüinidade colateral ou de natureza civil; e
>
> c) os oficiais subalternos.

Por fim, embora direcionada aos processos administrativos disciplinares no âmbito da Administração Pública, julgo pertinente citar a recente tese, elaborada em 28 de janeiro de 2020, do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria, *in verbis*:

> 3) As alegações de imparcialidade e de suspeição de membro da comissão processante devem estar fundadas em provas, não bastando meras conjecturas ou suposições desprovidas de qualquer comprovação.

Diante do exposto, rejeito a arguição de suspeição do Presidente do Conselho de Justificação por falta de amparo legal

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

Argui preliminarmente a nulidade do Conselho em virtude da intempestividade para sua conclusão. Salienta ter sido o Conselho instaurado pela Portaria 150/MB, em 27 de maio de 2019 e, nos termos da redação do art. 11 da Lei nº 5.836/1972, deveria ter sido concluído trinta dias depois. Todavia, o Justificante só tomou conhecimento do relatório em 9 de julho de 2019, com a conclusão dos trabalhos em 14 de agosto de 2019.

Apesar da regra estabelecida no mencionado dispositivo, não existe uma imposição de sanção para o seu descumprimento. Há casos em que a condução do processo naturalmente exigirá um empenho maior de seus envolvidos na apuração da verdade. Não se verificou nenhum atraso demasiadamente longo, pois o relatório foi apresentado à Defesa em 9 de julho de 2019, 12 (doze) dias apenas após a expiração do prazo, contado da instauração do Conselho, período considerado razoável em face da complexidade dos fatos constantes dos autos.

Ademais, o atraso apontado corroborou o interesse da Defesa quanto ao esclarecimento dos fatos, não havendo de falar em prejuízo.

Diante do exposto, indefiro a preliminar de intempestividade do Conselho de Justificação por falta de amparo legal.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE PEÇAS PROCESSUAIS

Inicialmente, a Defesa alega cerceamento de defesa, com o argumento da ausência da íntegra dos documentos que deveriam estar acostadas ao e-Proc. Contudo, não especifica quais seriam esses documentos, apenas os menciona de forma generalizada, referindo-se apenas a "*todas as peças processuais apresentadas pela defesa, cópias e vídeos dos depoimentos prestados, além da vasta documentação anexada aos autos e, por fim, o próprio corpo dos autos do Recurso apresentado no Conselho de Justificação*". Coloca em dúvida, ainda, o encaminhamento desse recurso ao Exmo. Sr. Comandante da Marinha.

Não prosperam tais argumentos, pois os autos revelam os elementos indispensáveis que norteiam as imputações feitas ao Justificante. Os depoimentos estão regularmente lançados a termo nos autos, com as assinaturas dos Senhores Membros do Conselho de Justificação e dos respectivos depoentes. Até mesmo a oitiva do CT Denilson Gonçalves Lino do Nascimento, realizada por videoconferência, foi reproduzida nos autos, com certificação do escrivão CC Rodrigo de Moraes Messias nos seguintes termos: "Certifico e dou fé que o CT (QC-CA) RME2 DENILSON GONÇALVES LINO DO NASCIMENTO foi ouvido por videoconferência, em vinte e seis de julho de dois mil e dezenove, na Sala de Briefing do Centro de Treinamento Tático (CTT) do CIAMA, na presença dos Membros do Conselho de Justificação, do Justificante e do seu Advogado." (evento 1, 10-PROCADM, fl. 10)

Constam também dos autos os registros das punições disciplinares aplicadas ao Justificante. Todas as manifestações apontadas pela laboriosa Defesa também estão registradas nos autos, conforme consta da relação de documentos descrita no presente relatório. Não é demais, ainda, afirmar que a Defesa, ao apresentar suas alegações escritas, apresentou inúmeros documentos,

os quais constam dos autos, como se pode verificar no evento 1, 14-PROCADM até a fl. 12 do 20-PROCADM.

Diante da vasta documentação acostada aos autos, não há como prosperar a arguição de cerceamento de defesa, se não há a especificação de eventual documento faltante nos autos.

Diante do exposto, rejeito a arguição defensiva de nulidade por ausência de documentos, por falta de amparo legal, e por não corresponder à realidade dos autos.

PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE TIPICIDADE E DE REQUISITOS PARA INSTALAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

Em relação à preliminar da ausência de tipicidade e de requisitos para instalação do Conselho de Justificação, a Defesa alega que as prisões rigorosas impostas ao Justificante constituem imensa afronta aos direitos e às garantias fundamentais, que lhe são asseguradas na Constituição Federal. Afirma terem sido essas penas aplicadas de forma injusta, ilegal e totalmente desproporcional, com o propósito de perseguição e de levá-lo a Conselho. Para tanto, pede que sejam excluídas as punições referentes aos itens II, IV, V, VI e IX do Libelo, as quais se referem à falta de comunicação do Justificante aos seus superiores quanto às inscrições em concursos públicos.

A presente arguição está nitidamente imbricada com o mérito, não sendo adequada a sua análise fora do contexto das provas carreadas aos autos, razão pela qual não conheço dessa preliminar, nos termos do art. 81, § 3º, do RISTM.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SESSÃO SECRETA DELIBERATIVA

A Defesa aponta a nulidade da sessão deliberativa, em virtude da sua realização pelo colegiado de forma secreta. Não obstante a permissividade constante nos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/1972, sustenta que esses dispositivos são incompatíveis com o inciso LX do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, cabe reproduzir a letra da norma, *in verbis*:

> Art. 9º Ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

> § 1º O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.
>
> (...)
>
> Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.

Preconiza o art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal:

> a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Não procede o argumento defensivo, na medida em que o Justificante, à exceção da sessão para deliberação do relatório, presenciou todos os atos do Conselho de Justificação em audiência aberta, conforme as atas acostadas aos autos, nas quais esteve a todo tempo acompanhado por seu advogado.

A exigência legal da sessão secreta para deliberação do relatório em nada ofende ao princípio da publicidade dos atos processuais estampado no inciso LX do art. 5º da Constituição Federal. Trata-se de mero ato deliberativo, no qual os membros do Conselho analisam a forma pela qual será redigido o relatório. Não se trata de ato decisório, mas de procedimento restrito do Conselho de Justificação, que servirá de base para a decisão do Senhor Comandante da Força. É irrelevante a presença do interessado e de seu advogado, até porque a lei assegura a intimação posterior desse ato para fins de questionamentos e de interposição de eventual recurso. Assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa emerge na forma da realização da sessão reservada pelo Conselho de Justificação para elaboração do relatório.

A questão já foi objeto de discussão por este Plenário, conforme se verifica do Aresto, *in verbis*:

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DO CORPO DE FUZILEIROS NAVAIS DA MARINHA DO BRASIL. QUESTÕES DE ORDEM E PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. NÃO JUSTIFICADO. CONDUTA IRREGULAR E VIOLAÇÃO DE PRECEITOS ÉTICOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCAPACIDADE PARA PERMANECER NO SERVIÇO ATIVO. REFORMA COMPULSÓRIA. DECISÃO POR MAIORIA. I - Os requerimentos defensivos de manifestação monocrática por parte do Ministro-Relator acerca do sobrestamento dos autos, com base no art. 160, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), e de oitiva do Justificante antes da inclusão do feito em mesa para julgamento, se contrapõem ao rito processual previsto e foram enfrentados no decorrer do Voto com submissão ao julgamento do Plenário desta Corte Castrense. Questão de ordem acolhida por unanimidade. II - Não há que se falar em ausência de motivação para o ato administrativo, uma vez que a Portaria que nomeia

os membros do Conselho de Justificação foi expedida de forma regular, com referência expressa a documento que relata de forma detalhada as condutas consideradas demeritórias que motivaram a sua instalação. Preliminar de nulidade do ato de instauração rejeitada por unanimidade. III - Embora se permita concluir pela possibilidade de atuação de Advogado constituído em substituição à Defensoria Pública da União no decorrer do processo mediante juntada de instrumento de mandato nos autos, no caso em exame, a despeito da procuração acostada garantir tais poderes ao causídico, a apresentação de nova Defesa Escrita posteriormente ao início do julgamento do feito revela-se inoportuna e configura preclusão consumativa. Questão de ordem de não conhecimento da Defesa Escrita acolhida por unanimidade. IV - O Justificante encontrava-se plenamente apto para responder perante o Conselho, conforme Termo de Inspeção de Saúde, ademais, não se verifica nos autos nenhum outro documento que indique sua incapacidade para tanto. Preliminar defensiva de nulidade do Conselho de Justificação por cerceamento de defesa rejeitada por maioria. V - O § 1º do art. 160 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar não se aplica a este caso, pois não se verifica a existência de processo criminal em tramitação no âmbito da Justiça Comum, muito menos do Foro Militar, que obrigue o sobrestamento ou que seja capaz de influenciar a apreciação deste feito por esta Egrégia Corte. Preliminar de sobrestamento do processo rejeitada por unanimidade. **VI - O que se denomina "sessão secreta", na qual o Justificante esteve presente, foi recepcionada pelo texto constitucional vigente e encontra fundamento no art. 12 da Lei 5.836, de 5.12.1972. Destina-se a definir o Relatório a ser redigido, bem como deliberar se o militar é ou não culpado da acusação que lhe foi feita, de modo a amparar a posterior decisão do Comandante da Força. Preliminar de nulidade dos atos da sessão rejeitada por unanimidade**. VII - Para o processamento do Conselho de Justificação deve prevalecer o disposto na Lei 5.836, de 1972, cuja incidência permite preservar a coerência e a unidade do rito, sem que configure afronta às garantias da ampla defesa e do contraditório. Preliminar de ilegalidade de remessa dos autos sem representação da Advocacia-Geral da União (AGU) rejeitada por unanimidade. VIII - O rito especial do Conselho de Justificação estabelecido na Lei 5.836, de 1972, não prevê oitiva do Justificante perante este Tribunal Castrense. Preliminar rejeitada por unanimidade. IX - Restou comprovada conduta irregular do Oficial diante das reiteradas contravenções disciplinares praticadas pelo Justificante, bem como da violação de preceitos éticos que afetaram diretamente o pundonor militar e o decoro da classe, com reflexos claros relacionados à honra pessoal, mediante a deterioração do apreço e do respeito do militar perante seus superiores, pares e subordinados. X - Com base no princípio da proporcionalidade, considerada a natureza das condutas que, embora reprováveis do ponto de vista disciplinar, são de relativa gravidade, o Justificante deve ser reformado compulsoriamente, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei 5.836, de 1972. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Conselho de

> Justificação nº 7001018-17.2018.7.00.0000. Relator: Ministro CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 25/6/2020, Data de Publicação: 7/8/2020). (Sem grifos no original).

Vale acrescentar a possibilidade conferida à defesa do Justificante de se pronunciar a partir do momento em que os autos adentram à esfera judicial. Como se verifica nos autos, foi-lhe assegurado o direito de apresentar defesa escrita em relação a todo contexto processual, conforme se verifica nos eventos 16, 20 e 23 do processo principal.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade, que questiona a realização da sessão secreta para deliberação do Relatório pelo Conselho de Justificação, por falta de amparo legal.

PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DOS REQUERIMENTOS DA DEFESA NA FASE DA DEFESA PRÉVIA

O Justificante alega cerceamento de defesa em face do indeferimento a diversos pedidos formulados na fase da defesa prévia.

Tais requerimentos se restringem a questões processuais relacionadas à matéria probatória. Contudo, eventual deferimento desses pleitos não traria qualquer reflexo na comprovação dos fatos constantes do libelo.

Primeiramente, a Defesa pugna pela absolvição sumária do Justificante, com a dissolução do Conselho e o consequente arquivamento do feito. Como bem afirmou o Presidente do Conselho ao indeferir tal pleito, essas questões estão atreladas ao mérito e se traduzem na verdadeira existência do presente Conselho.

Outro item absurdo requerido na fase da defesa prévia foi a apresentação de arquivos de todas as punições disciplinares impostas ao efetivo do GRUMEC. Trata-se de informação que, além de não ser capaz de trazer qualquer solução para a discussão tratada no presente processo, envolvem informações de caráter reservado, relativas à vida pregressa dos militares punidos disciplinarmente.

Outra questão trazida nesta preliminar foi a solicitação dos procedimentos alusivos à qualificação, à requalificação e à requalificação por ineficiência (em razão de desqualificação), que envolvam informações de caráter pessoal sobre oficiais e praças estranhos a estes processos. Tal pleito foi igualmente indeferido pelo Conselho.

A defesa pleiteou, no requerimento de defesa prévia, a nulidade das prisões impostas ao Justificante em virtude da ausência de visita médica no local de seu cumprimento. Como lembrado pelo Presidente do Conselho, diferentemente das praças, que cumprem pena em estabelecimentos fechados, os oficiais cumprem punições em ambientes próprios, destinados ao uso de seu

círculo, semelhante aos cassinos. Ademais, foi informado que o Justificante teve, a seu dispor, durante o tempo em que cumpriu as prisões, acesso à internet e à telefonia, não lhe sendo, portanto, restringido o direito de contato com sua família.

Vários foram os pedidos dessa natureza que não têm o condão de esclarecer as dúvidas pertinentes nos processos, mas relacionados a fatos ocorridos durante o cumprimento das infrações disciplinares, período esse alcançado pela preclusão consumativa.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento de diligências requeridas na fase de defesa prévia, por falta de amparo legal.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR INEXISTÊNCIA DE INSPEÇÃO DE SAÚDE MENTAL

Afirma a Defesa que o Justificante deveria ter sido submetido previamente à inspeção de saúde mental, a fim de se averiguar a sua aptidão para figurar em processo de Conselho de Justificação.

Sustenta que o Justificante era paciente pela Unidade Intensiva de Saúde Mental e fazia uso de medicamentos para conter a ansiedade. Afirma que, no período em que sofrera as punições, no ano de 2018, o Justificante foi considerado apto para o serviço, porém com restrições para embarque em aeronaves, serviço armado, segurança e escolta etc. Afirma ter sido um período em que sofreu várias perdas familiares, inclusive de seu genitor, em decorrência de um câncer agressivo. Afirma que as restrições impostas pelo GRUMEC só cessaram no final de 2018, quando desembarcou por determinação do Senhor Comandante da Força de Submarinos.

Como se observa, a Defesa não logrou êxito em demonstrar a imprescindibilidade de submissão do Justificante à inspeção de saúde mental. Não consta dos autos nenhum elemento que assegure a falta, integral ou parcial, da sua capacidade de discernimento, a ponto de isentá-lo da responsabilidade pelas infrações cometidas.

O fato de estar sob avaliação psicológica ou psiquiátrica e fazer uso de drogas para conter a ansiedade, por si só, não evidencia a configuração de estar o Justificante com a capacidade de discernimento ou de entendimento do caráter ilícito das infrações comprometidas, tanto que a Administração não o dispensou de suas atividades, mas apenas o restringiu de exercer determinadas missões que pudessem gerar mais estresse, conforme já citado.

O Aresto mencionado por este Relator, coincidentemente, apresenta situação semelhante, na qual esta Corte afastou a alegada afirmação de

cerceamento de Defesa. Nesse sentido, transcreve isoladamente a parte que trata do tema, *in verbis*:

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DO CORPO DE FUZILEIROS NAVAIS DA MARINHA DO BRASIL. QUESTÕES DE ORDEM E PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. NÃO JUSTIFICADO. CONDUTA IRREGULAR E VIOLAÇÃO DE PRECEITOS ÉTICOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCAPACIDADE PARA PERMANECER NO SERVIÇO ATIVO. REFORMA COMPULSÓRIA. DECISÃO POR MAIORIA.
>
> (...)
>
> IV - O Justificante encontrava-se plenamente apto para responder perante o Conselho, conforme Termo de Inspeção de Saúde, ademais, não se verifica nos autos nenhum outro documento que indique sua incapacidade para tanto. Preliminar defensiva de nulidade do Conselho de Justificação por cerceamento de defesa rejeitada por maioria. (...). (Superior Tribunal Militar. Conselho de Justificação nº 7001018-17.2018. 7.00.0000. Relator: Ministro CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 25/6/2020. Data de Publicação: 7/8/2020). (sem grifos no original).

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, decorrente da não submissão do Justificante à prévia inspeção de saúde, por falta de amparo legal.

PRELIMINAR DE NULIDADE EM FACE DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DO CONSELHO

Novamente insiste a Defesa em alegar a ausência de tipicidade e de justa causa para a instauração do Conselho de Justificação.

Dessa vez, alega que as denominadas faltas graves estão esmiuçadas em normativo interno da Marinha, DGPM-315, e faz um paralelo afirmando que, para o cancelamento dessas punições, necessário se faz apurar se as condutas em análise atentaram contra a honra pessoal, o pundonor ou o decoro da classe. Em sua argumentação, alega que as infrações imputadas ao Justificante não se classificam como faltas graves por não se atentarem contra os preceitos citados e previstos no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980).

Observa-se que a presente preliminar está intimamente conectada ao mérito do Conselho de Justificação, razão pela qual deixo de conhecê-la, nos termos do art. 81, § 3º, do RISTM.

PRELIMINAR DE NULIDADE EM FACE DO INDEFERIMENTO PARA GRAVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS POR MEIO AUDIOVISUAL

O pedido defensivo de registro dos depoimentos em mídia audiovisual não merece prosperar.

É bem verdade que os recursos tecnológicos vêm sendo empregados com frequência nos processos administrativos e judiciais.

Na Administração Federal, vários são os sistemas processuais catalogados e que permitem a anexação de depoimentos gravados digitalmente. Neste Tribunal, tais processos tramitam no sistema eletrônico denominado SEI, para os processos administrativos, e no *e-Proc*, utilizado para os feitos judiciais.

Apesar dessa facilidade, nem todos os órgãos do Poder Executivo dispõem de sistema eletrônico próprio para tramitação desses feitos. Por essa razão, não é imprescindível que os depoimentos sejam registrados em mídia digital, bastando que sejam reduzidos a termo, como sempre ocorreu em processos dessa espécie. No presente Conselho de Justificação, as declarações estão devidamente reproduzidas mecanicamente e assinadas pelos membros do Conselho e pelos respectivos depoentes.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por ausência de gravação dos depoimentos em processo digital.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR INTERFERÊNCIA DA ASSESSORIA JURÍDICA

Mais uma vez, busca a Defesa anular o processo, utilizando como argumento a interferência da assessoria jurídica nos atos processuais com o intuito de blindar o colegiado em relação aos pedidos formulados pelo Justificante.

Não merece amparo a tese defensiva. Mesmo diante da hipótese de eventual atuação de algum funcionário da assessoria jurídica nas sessões do Conselho, não se pode impedir que seus membros se valham de consultoria ou de opiniões técnicas acerca do processo. Isso não o invalida, apenas previne os oficiais de cometerem algum equívoco processual.

Nenhuma irregularidade se constata na orientação fornecida pela assessoria jurídica aos membros do Conselho de Justificação, razão pela qual rejeito a arguição defensiva de nulidade.

PEDIDO DE EXTRAÇÃO DE PEÇAS E REMESSA AO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

No tocante ao argumento defensivo para extração de peças e encaminhamento ao Ministério Público Militar, verifica-se a superveniente perda de objeto, tendo em vista o encaminhamento dos autos à cúpula daquele órgão logo após a apresentação da defesa escrita (evento 26).

Diante do exposto, julgo prejudicada a preliminar de extração de documentos para encaminhamento ao MPM, em face da vista integral do processo concedida à Procuradoria-Geral da Justiça Militar.

VOTO DIVERGENTE QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE ARGUIDA, DE OFÍCIO, PELA MINISTRA DRA. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

A Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA argui, de ofício, preliminar de nulidade do feito em razão da irregularidade na representação processual da União. No entendimento da Ministra, o requisito da capacidade postulatória não foi atendido em virtude da remessa dos autos do Conselho de Justificação, pelo Comandante da Marinha, diretamente a este Tribunal, sem a interveniência da Advocacia-Geral da União.

A Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, que disciplina o rito do Conselho de Justificação, em seu art. 13, inciso V, determina que o Ministro Militar, após receber o processo, no prazo de 20 (vinte dias), remetê-lo-á ao Superior Tribunal Militar.

Trata-se de norma imperativa, que impõe ao Comandante da Força o encaminhamento do processo ao Tribunal, ainda que discorde do relatório emanado pelo Conselho.

Essa norma encontra-se em pleno vigor e atende ao mandamento constitucional esculpido no art. 142, § 2º, inciso VI, bem como ao disposto no art. 48, § 2º, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, os quais transcrevo *in litteris*:

> Art. 142 (...)
>
> § 2º (...)
>
> VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;
>
> Art. 48. O oficial presumivelmente incapaz de permanecer como militar da ativa será, na forma da legislação específica, submetido a Conselho de Justificação.
>
> (...)
>
> § 2º Compete ao Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou a Tribunal Especial, em tempo de guerra, julgar, em instância única, os processos oriundos dos Conselhos de Justificação, nos casos previstos em lei específica.

Mesmo que o Código de Processo Civil estabeleça, em seu art. 75, inciso I, que a União será representada em juízo, ativa e passivamente, pela Advocacia-Geral da União, prevalece a regra prevista no art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/1972, em razão da sua especialidade.

Importa frisar que o rito ora questionado pela eminente Ministra não importa em prejuízo aos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista a assistência ao Justificando por Defensor constituído, o qual tem acompanhado o processo desde a sua origem, em pleno exercício das prerrogativas conferidas pelo Estatuto da Advocacia.

A matéria não é estranha a este Tribunal, conforme o entendimento lançado pelo eminente Ministro Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO, nos autos do Conselho de Justificação nº 7001018-17.2018.7.00.0000, julgado na Sessão de Julgamento Virtual, realizada no período de 22 a 25 de junho de 2020. Nesse sentido, cito os fundamentos, *in verbis*:

> Com base no princípio da especialidade, para o processamento do Conselho de Justificação deve prevalecer o disposto na Lei 5.836, de 1972, cuja incidência permite preservar a coerência e a unidade do rito, sem que configure afronta às garantias da ampla defesa e do contraditório.
>
> Inviável, portanto, considerar o Conselho de Justificação como uma ação ordinária a ser intentada pela AGU. A autoridade com atribuição para impulsionar o processo, mediante encaminhamento a este Egrégio Tribunal, se restringe ao Comando das Forças Armadas, nos termos da lei especial que trata da matéria.
>
> Não há, portanto, irregularidade no encaminhamento dos autos para este Egrégio Tribunal diretamente pelo Comando da Marinha, em face da alegada preterição de dispositivos legais estranhos ao referido rito, pois a condução foi realizada nos termos estabelecidos na lei especial, que deve prevalecer.
>
> Trata-se de procedimento especial previsto em lei e em conformidade com a Constituição da República, de modo a cumprir o previsto em seu art. 142, § 3º, inciso VI.
>
> A Jurisprudência deste Tribunal castrense confirma a ausência de necessidade de atuação da AGU para encaminhamento dos autos ao Conselho de Justificação, a saber:
>
>> CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI Nº 5.836/72. PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO SUSCITADAS PELA DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. JUSTIFICADO. DECISÃO DE MÉRITO. UNANIMIDADE. [...] 2. Preliminar de ilegalidade na remessa dos autos do Conselho de Justificação pelo Comandante do Exército ao STM sem representação da AGU. Em se tratando de processo de natureza administrativa, não há que se falar em legitimidade consoante as regras do Código de Processo Civil. O processo oriundo do Conselho de Justificação segue rito processual próprio, previsto na Lei nº 5.839/72, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e em pleno vigor. Preliminar rejeitada à unanimidade. [...] (STM. CJ 0000026-83.2015.7.00.0000. Rel.

> Min. Carlos Augusto de Sousa. Julgado em 5.11.2015. Publicado em 18.12.2015.).
>
> Além disso, deve-se considerar que o reconhecimento de suposta irregularidade que conduza a eventual nulidade, deve estar fundamentado em efetivo prejuízo ao Justificante quanto ao encaminhamento dos autos feito diretamente pelo Comando da Marinha, o que não se verifica no caso em tela.

Não obstante a pertinência da matéria levantada pela eminente Ministra, com a devida vênia, ouso divergir do seu entendimento e rejeitar a preliminar de nulidade, consubstanciada na carência do requisito processual da capacidade postulatória por falta de amparo legal.

MÉRITO

Superadas as preliminares, passo à análise do mérito.

Com relação ao *meritum causae*, o Justificante foi submetido a Conselho de Justificação em decorrência das várias punições sofridas enquanto esteve servindo no Grupamento de Mergulhadores de Combate - GRUMEC, no período de 2014 a outubro de 2018, as quais, somadas, totalizam 33 (trinta e três) dias de prisão rigorosa. Tais punições estão muito bem descritas no libelo acusatório, enumeradas nos itens de I a X.

Não se discute no presente feito o mérito dessas punições, as quais já foram regularmente impostas em atenção aos normativos internos da Força. Contudo, interessa o contexto em que foram aplicadas, todas no intervalo de 12 (doze) meses, conforme informações constantes no libelo. Por esses fatos, foi imputada ao Justificante a prática de conduta irregular, nos termos da RPGM - 315, no item 5.4.1, letra "b". Reza o mencionado dispositivo, em relação à mencionada condicionante para submissão do Oficial a Conselho de Justificação, *in verbis*:

> Considera-se conduta irregular o fato de o oficial ter sido punido com, no mínimo, trinta dias de prisão rigorosa no espaço de doze meses consecutivos, por faltas consideradas graves a ponto de abalar fortemente a confiança de seus superiores hierárquicos.

De acordo com o libelo, o Justificante deixou de observar o valor do patriotismo, esculpido no art. 27 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), cujo teor transcrevo, *in verbis*:

> I - 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;

Em relação à ética militar, o libelo aponta a violação dos dispositivos constantes dos incisos I, II, IV, VII, VIII e IX do art. 28 do mencionado Estatuto.

Em suas declarações, o Justificante afirmou, em síntese:

> Embarcou no GRUMEC em 2014, oriundo do Curso de Aperfeiçoamento de Mergulhadores de Combate para Oficiais (CAMECO) realizado em 2013, permanecendo até outubro de 2018. Afirmou só ter desembarcado do GRUMEC após um pedido de providências formulado pela Defesa ao Comandante da Força de Submarinos (COMFORS), por considerar arbitrárias e injustas as punições que lhe foram impostas. Exerceu as funções de Ajudante e de Encarregado da Equipe ALFA de Operações Especiais, de Encarregado de Administração, de Encarregado de Viaturas, de Encarregado de Material de Mergulho e de Encarregado de Optrônicos. Frisou que as punições impostas em decorrência das infrações disciplinares foram ilegais. Deixou de fazer parte da Equipe ALFA por determinação do Comandante do GRUMEC, e passou a atuar no Setor de Administração. Serve atualmente na Base Almirante Castro e Silva (BACS), como Encarregado do Condomínio Netuno, Encarregado do Centro de Convívio, Encarregado da Divisão de Edificações e Prefeituras. Foi para essa OM por força do citado pedido de providências ao COMFORS, por ter sido a única forma de conter as arbitrariedades cometidas pelo Comandante do GRUMEC, já que havia ordem de não o desembarcar, tendo essa autoridade afirmado que "**sofá velho se quebra em casa**". Disse se sentir útil na BACS. Afirmou ter sido perseguido pelo Comandante do GRUMEC, CF Aguiar, durante o período em que serviu naquela OM, o qual chegou a lhe dizer: "Não me subestime"; "Você vai acompanhar serviço até quando eu quiser"; "Vou te encher de Partes de Ocorrências", tudo em razão de um questionamento acerca de comunicação interna (CI), de pedido de revisão de ato que fazia menção acerca de suas perdas familiares, de estar sendo submetido a requalificação de serviço 2/1, por tempo indeterminado, a qual só foi interrompida em razão do seu desembarque, além de sua restrição de saúde para o serviço ativo da Marinha (SAM) quanto ao embarque, ao serviço armado, a manobras, entre outros. Declarou ter o CF Aguiar afirmado que levaria o justificante a Conselho de Justificação e iria ajudá-lo a sair da Marinha, punindo-o e prendendo-o, valendo-se da expressão: "te puno e te prendo de novo e te levo a Conselho de Justificação. Pague para ver", o qual ainda disse: "só a violência gera compreensão"; "a extrema violência gera entendimento; sua vida vai virar uma bola de neve"; "o militar está exterminando seus parentes para ter licença"; "e daí que seu pai faleceu?". Afirmou que seu comportamento sempre foi normal e nunca recebeu orientação de Oficiais mais antigos acerca de sua conduta. Gosta da atividade de MEC e foi voluntário para o Curso Expedito de Desativação de Artefatos Explosivos (DAE), porém não foi selecionado por não integrar a Equipe Operativa, de acordo com o Comandante do GRUMEC. Disse que possuía um bom relacionamento com os Oficiais do GRUMEC. Sempre cumpriu os prazos e teve coragem moral para assessorar seus superiores de forma correta. Sempre que necessário, cumpriu os regulamentos e ordens e se dedicou integralmente ao serviço. Considera-se uma liderança positiva para seus subordinados

> em todas as missões que participou e que possui elogio em sua caderneta ao tempo em que desembarcou do Navio Varredor Aratu. (evento 1, 7-PROCADM, fls. 15/21).

Aos questionamentos da Defesa, respondeu o Justificante, em síntese:

> Desde o início de sua carreira obteve conceito dentro da média 9 e sempre superou ou atendeu as expectativas de seus avaliadores. Contudo, os piores conceitos se referem ao tempo em que serviu no GRUMEC, sendo de maior relevância as médias 2 e 4 obtidas respectivamente nos 1º e 2º semestres de 2018. Após o desembarque do GRUMEC, seus conceitos voltaram ao normal, em torno de 8,5, sem punições. No ano de 2018, perdeu 4 familiares: seu pai, no dia 28/03/2018, vítima de câncer; sua avó materna, em junho de 2018, seu tio materno, em julho de 2018, e seu sobrinho, por suicídio, em meados de abril de 2018, todos esses óbitos ocorreram no Estado da Bahia. Embora lhe tenha sido assegurado o direito às respectivas licenças em razão do luto, quando regressou ao GRUMEC em decorrência das licenças referentes aos falecimentos de seu pai e de seu tio, teve contra si uma Parte por motivo de atraso para o cumprimento de serviço durante o período de requalificação, atraso esse ocasionado por desconhecer as alterações ocorridas na tabela de serviços previamente existente. Cumpriu todas as prisões impostas, porém apenas duas delas foram comunicadas à família. (evento 1, 7-PROCADM, fls. 15/21).

Não obstante a alegação da Defesa, de estar o Justificante sofrendo uma suposta perseguição, considerada injusta em face da sua dedicação e aos bons serviços prestados à Marinha do Brasil, os depoimentos colacionados aos autos das testemunhas arroladas no libelo acusatório mitigam a tese defensiva. Em síntese, as declarações do CF Elígio Guimarães de Moura:

> Serviu com o Justificante no final de 2016 até março de 2018. Em janeiro 2017 exerceu a função de Imediato, e o Justificante a de Chefe de Departamento. Afirmou não possuir relação de amizade ou de inimizade com o Justificante. Soube das contravenções disciplinares praticadas pelo Justificante e das respectivas punições de 33 (trinta e três) dias de prisão rigorosa no intervalo de 12 (doze meses).
>
> Durante o período em que serviu com o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA, pode tecer as seguintes considerações quanto a esse Oficial em relação aos seguintes valores:
>
> • **Patriotismo e Civismo** - não observou esses atributos no Oficial, ressaltando que, tendo servido como Imediato e mantendo a proximidade que a função requer com a Oficialidade, considera que o CT COSTA SILVA deixava muito a desejar nestes atributos, não tendo apresentado melhoras significativas após tê-lo orientado por algumas vezes.
>
> • **Amor à profissão militar** - o Oficial não possuía amor à profissão militar.

• **Espírito de Corpo** - o Oficial era muito condescendente e próximo aos militares mais modernos, porém no que se referia à atividade-fim da OM e ao Comando, deixava a desejar, não cumprindo adequadamente suas tarefas e não demonstrando Espírito de Corpo.

• **Zelo pelo aprimoramento técnico e profissional** - em nenhum momento percebeu o Oficial perseguindo aprimoramento técnico e profissional, e muito menos zelo.

• **Fé na Missão da Marinha do Brasil (MB)** - algumas vezes fez declarações que demonstravam descrença no Sistema da Marinha do Brasil MB.

• **Dedicação integral ao serviço** - algumas vezes permanecia até mais tarde a bordo, mas não por comprometimento com o serviço, mas por atrasos em prontificação das tarefas.

• **Honestidade e lealdade para com os superiores** - considera o CT COSTA SILVA desonesto e desleal.

• **Respeito à hierarquia** - em diversas situações observou a quebra de cadeia hierárquica em procedimentos administrativos, cometendo impropriedades tais como, por exemplo, solicitação para representação contra o Comandante, não diretamente feita ao próprio, mas por seu intermédio, Imediato e encaminhamento de documento ao COMFORS sem o conhecimento do Comandante do GRUMEC. Desta forma, considera que o Oficial desrespeitava a hierarquia.

• **Cumprimento de seus deveres e ordens emanadas pelos superiores** - o Oficial não executava as tarefas que lhe eram atribuídas, as poucas vezes em que isto ocorreu foi com muito desgaste.

• **Cumprimento das leis e regulamentos a que se encontrava adstrito** - o Oficial as ignorava.

• **Reputação perante os superiores, pares e subordinados** - com relação aos subordinados, era bem considerado em função da maneira condescendente com que os conduzia, provavelmente mais para angariar simpatia do que para cumprimento dos deveres na OM. Com relação aos pares era notória a má atmosfera na Praça d'Armas, denotando relações degradadas, exceto com um ou outro. Com relação aos superiores, afirmou que a reputação do Oficial era a pior possível, fato exemplificado pela dificuldade em encontrar uma OM que o quisesse receber para que fosse desembarcado do GRUMEC.

• **Conduta como Oficial correto em serviço ou fora dele** - em sua opinião a conduta do oficial era a pior possível em serviço, mas não tem como opinar sobre sua conduta fora do serviço por não ter tido convivência neste âmbito.

Declarou que o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA não possuía as competências necessárias para ser componente de alguma equipe MEC. O comportamento do Oficial é muito abaixo da média,

acrescentando que o Oficial não possuía conduta de um Oficial MEC. Disse não ter sido o Justificante perseguido por oficial mais antigo durante o período em que serviu no GRUMEC. Afirmou que o Justificante não possuía as competências necessárias, nem técnicas, nem atributos pessoais que o recomendassem para serviço no GRUMEC ou para um Centro de Formação de Mergulhadores de Combate, como é o CIAMA. Afirmou ter sido o CT COSTA SILVA orientado por oficiais mais antigos quanto à sua conduta, na maior parte das vezes de modo informal, em sua sala, durante longas conversas, em que as falhas do Oficial eram apontadas. Estas medidas, porém, não surtiram efeito, tendo o Oficial mantido suas más condutas e recorrido nos mesmos erros. (evento 1, 7-PROCADM, fls.22/26; 8-PROCADM, fls. 1/5).

Às perguntas da Defesa, continuou a testemunha:

Declarou que o procedimento de julgamento de punições do Justificante era o previsto em norma, o mesmo observado para todos os outros julgamentos. Afirmou ter orientado o Justificante a mudar ou retificar sua Defesa em relação a uma parte de ocorrência, por meio de CI, que continha termos desrespeitosos ao Comandante e concluía com uma solicitação para representar contra o mesmo. Por não estar de acordo com o rito das normas, orientou, a título de sugestão, o oficial a refazer sua defesa, a seu critério, da forma adequada, o que o oficial acabou decidindo fazer. Embora tenha sido assegurado o direito ao silêncio nas audiências, em uma dessas oportunidades, fora da audiência, em conversa privada, sugeriu ao Oficial que aproveitasse estas situações para se defender, o qual preferiu permanecer calado. Afirmou que a dificuldade para transferir o Oficial decorreu do fato de nenhuma OM, no âmbito do COMFORS aceitá-lo, por razões que desconhece. (evento 1, 7-PROCADM, fls.22/26; 8-PROCADM, fls. 1/5).

Já o CC FELIPE BORGES CASTELLO BRANCO declarou, em síntese:

Afirmou ter servido com o Justificante no GRUMEC e mantinha com ele relação estritamente profissional.

Durante o período em que serviu com o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA, pode tecer as seguintes considerações quanto a esse Oficial em relação aos seguintes valores:

• **Patriotismo e civismo** - considerava o Oficial normal em relação a estes dos atributos.

• **Amor à profissão militar** - considerava que o CT COSTA SILVA se encontrava neste aspecto abaixo das expectativas em virtude do volume de contravenções cometidas.

• **Espírito de Corpo** - percebia que o CT COSTA SILVA estava abaixo da expectativa neste aspecto. Acrescentou que em sua opinião o Oficial confundia o conceito de espírito de corpo com a ideia de corporativismo, isto é, a possibilidade de contar com a leniência dos seus pares em face do cometimento de contravenções.

• **Zelo pelo aprimoramento técnico e profissional** - o militar, no aspecto operativo, foi afastado das Equipes devido aos conhecidos motivos disciplinares, não tendo a possibilidade de desenvolver-se como MEC, também não procurando este aprimoramento. Acrescentou que nas atribuições administrativas onde haveria maior possibilidade, o desempenho do Oficial foi também baixo, não denotando zelo tampouco nesta área.

• **Dedicação integral ao serviço** - em sua opinião o CT COSTA SILVA não se colocava disponível para dedicação integral ao serviço, uma vez que empregava suas energias na realização de diversos concursos públicos. Acrescentou que muito embora isto não seja proibido, com a ressalva de informar ao Comandante da OM, o que não ocorreu, este esforço não o permitiria dedicar-se integralmente ao serviço.

• **Honestidade e lealdade para com os superiores** - eram praticamente inexistentes, acrescentando que chegou a ter conversas privadas com o Oficial em que externou não confiar nele.

• **Respeito à hierarquia** - em sua opinião o Oficial dava demonstrações públicas de observância hierárquica principalmente aos superiores, quebrando, entretanto, esta hierarquia para com seus subordinados, adotando amplamente com estes uma postura inadequadamente permissiva, o que chegava a resultar frequentemente em problemas administrativos.

• **Cumprimento de seus deveres e ordens emanadas pelos superiores** - com relação aos deveres, havia baixo desempenho, e com relação às ordens emanadas, observavam-se ocasionais descumprimentos, mesmo com chances adicionais dadas. Acrescentou que estas características foram se agravando com o tempo.

• **Cumprimento das leis e regulamentos a que se encontrava adstrito** - o CT COSTA SILVA falhava constantemente nestes aspectos, denotando que, em sua opinião, não queria cumprir os regulamentos, ou tinha dificuldades em diferenciar certo de errado.

• **Reputação perante os superiores, pares subordinados** - em relação aos superiores era péssima, em relação aos pares era ruim e em relação aos subordinados, esta reputação podia variar: dentro do ambiente já mencionado de permissividade criado pelo Oficial junto às Praças, este provavelmente tinha a simpatia daquelas que desfrutavam desta proximidade, mas não gozava de boa reputação junto às demais.

• **Conduta como Oficial correto em serviço ou fora dele** - em serviço era muito ruim, mas não tem como opinar fora de serviço, por não manter qualquer relação extraprofissional com o Oficial. Acrescentou que, por duas ocasiões, ilustrando conduta inadequada em serviço, constatou que o Oficial se apresentou a bordo com fortes indícios de estar alcoolizado, o que porém não pôde ser objetivamente comprovado. Que em uma destas ocasiões seria por ele rendido no serviço e precisou

aguardar por uma hora para que o Oficial se recompusesse e pudesse rendê-lo adequadamente como Oficial de Serviço, fato presenciado pelo então Comandante do GRUMEC, CMG Rabello, que posteriormente o indagou se havia passado o serviço para o CT COSTA SILVA "naquele estado". Que em outra ocasião, em condições semelhantes, aguardando o Oficial para ser rendido, como Oficial de Serviço, chegou ao seu conhecimento por meio do SO-MG-MEC Rivaldo, praça servindo no GRUMEC, que o CT COSTA SILVA causou transtornos junto ao pessoal de serviço, no pórtico da BACS, necessitando da intervenção daquele Suboficial, por ocasião do seu regresso. Acrescentou ainda que em outra ocasião, durante a Copa do Mundo de 2014, quando o CT COSTA SILVA encontrava-se como Ajudante de Equipe Operativa, duas Praças de Equipe, os Sargentos FRANÇA e MAGNO, efetuaram contato telefônico consigo, relatando que tanto o Encarregado da Equipe, CT LUCENA, quanto o Ajudante, CT COSTA SILVA, encontravam-se sem condições de liderar a Equipe, uma vez que não realizavam briefings e debriefings (procedimentos operativos) e chegavam atrasados aos compromissos previstos. Diante disto realizou contato telefônico para orientar os Oficiais, dentre os quais o Justificante.

Afirmou que o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA possuía as competências necessárias para integrar Equipe MEC, pois concluiu o CAMECO e este curso o prepara com a capacitação técnica necessária, objetivamente. Contudo, o que se mostrou posteriormente durante a permanência do Oficial, ainda que por pouco tempo em Equipe Operativa, foi que este não apresentava atributos de ordem moral e de liderança, o que, portanto, o desqualificava para exercer a função de um Oficial dentro de uma Equipe Operativa. Afirmou que o Justificante, como Oficial, e na avaliação desse depoente, possuía um nível de conceito muito baixo. Aduziu que o Justificante não possuía as competências necessárias para servir no GRUMEC ou como instrutor no CIAMA, por entender que os instrutores devem ser modelos na formação dos alunos. Da mesma forma, não possuía capacidade para servir no GRUMEC, uma vez que é uma OM sensível da MB, não sendo admissível que ali sirva um oficial que não demonstre lealdade e inspire confiança. Confirmou ter sido o Justificante orientado pelo CC Dibo e pelo CF Elígio acerca de seu comportamento e de eventuais prejuízos que poderiam gerar à sua carreira. (evento 1, 8-PROCADM, fls. 6/15).

Como se verifica, os depoimentos colhidos no curso do processo administrativo comprovam a ineficiência do Justificante como Oficial. Em algumas vezes, não apresentando condições para se apresentar em serviço.

Segundo depoimento do CC FELIPE BORGES CASTELLO BRANCO, o desinteresse do Justificante era tamanho que, numa ocasião em que ficara responsável pelo pagamento das despesas referentes à ajuda de custo para os militares do GRUMEC, que participariam de um curso da Força Aérea Brasileira em Campo Grande/MS, protelou, injustificadamente, a efetivação da remuneração

e gerou enormes transtornos para a Administração da Marinha, sendo necessária a intervenção do Comandante do PARASAR da Força Aérea Brasileira, no sentido de garantir a participação dos militares no curso.

Apesar de o Justificante alegar ter sofrido perseguições por parte dos Oficiais superiores do GRUMEC, nenhuma das testemunhas ouvidas, inclusive as arroladas pela defesa, confirmou categoricamente o alegado assédio moral, apenas declararam que o Justificante era perseguido em razão do tratamento dispensado por seus superiores, porém não lograram êxito em descrever tais ameaças no sentido de puni-lo de forma sequenciada e de levá-lo a Conselho, como enfatizou o Justificante em seu interrogatório.

É oportuno mencionar os depoimentos das testemunhas arroladas pela Defesa, o que faço em síntese:

SO Nélio dos Santos Trindade (evento 1, 10-PROCADM fls. 5/8):

> Conhece o Justificante desde o ano de 2014, quando embarcou no GRUMEC. Atuou com o Justificante na segurança dos estádios durante a Copa do Mundo em 2014, missão essa que transcorreu normalmente. Afirmou que o Justificante participava dos briefings e adestramentos e não presenciou eventual falta disciplinar que pudesse macular o serviço. Não presenciou o Justificante chegar atrasado ou embriagado no serviço. Considera o Justificante um excelente oficial, padrão e proativo, sempre ajudava os subordinados e, após a sua ida para o Setor de Administração, o trabalho dos demais se tornou mais fácil e rápido de forma a facilitar a atuação das Equipes. Afirmou que o tratamento do Justificante com seus subordinados e pares era normal e respeitoso. Disse não ser possível a ocorrência de algum atraso ou falta do Justificante durante a missão nos estádios, pois os militares da Equipe saíam juntos em um caminhão, de forma que eventual atraso seria percebido por todos. Afirmou não ter havido quebra ou relaxamento no tratamento hierárquico entre o Justificante e militares subordinados. Declarou ter sido o Justificante perseguido durante o tempo em que esteve no GRUMEC, pois recebia um tratamento desigual pelos Oficiais mais antigos. A situação de "calouro" do Justificante se prolongou sem nenhuma justificativa aparente, mesmo sendo ele apto fisicamente, respeitado operativamente e inteligente;

CT Denilson Gonçalves Lino do Nascimento (evento 1, 10-PROCADM fls. 9/11):

> Serviu com o Justificante desde o curso de formação em 2012. Afirma que o Oficial não deixa nada a desejar do ponto de vista ético e profissional, mesmo assim foi desligado injustamente do CAMECO em 2012 há menos de dois ou três dias para o término do curso. Em sua opinião, esse estigma do desligamento o perseguiu durante o tempo em que serviu no GRUMEC. Afirmou que o relacionamento do Justificante com os subordinados era bom, tendo em vista se tratar de uma pessoa humilde, simples e de excelente capacidade física e intelectual. Com

relação aos pares, o relacionamento era normal, porém entre os Oficiais, percebia que havia uma perseguição ao Justificante pelos mais antigos. Não via como permissividade a empatia do Justificante para com os subordinados. Afirmou que o Justificante era zeloso no cumprimento de suas atribuições, em especial no Departamento de Administração, contudo, ressaltou que "zelo não é o mesmo que perfeição." Afirmou se tratar de um militar proativo, sempre procurava conhecer do serviço para evitar erros nas missões. Ressaltou que o pedido de baixa da Marinha pelo Justificante foi reflexo da falta de apoio no GRUMEC, em vista do indeferimento de solicitação de afastamento para acompanhar sua esposa, a qual pertencia ao Corpo de Saúde da Marinha e servia na Escola de Aprendizes de Marinheiros do Espírito Santo. Por fim, não presenciou o Justificante dispensar o tratamento de "senhor" ou de outro vocativo pelos subordinados;

SO Gervanis José Beltrame (evento1, 10-PROCADM fls. 13/25):

Serviu com o Justificante desde 2014 até o momento de seu desembarque do GRUMEC em 2018. Relatou que o Justificante sempre demonstrou efetividade em suas atribuições no Departamento de Administração, sempre no intento de implementar melhorias, as quais, contudo, não eram alcançadas em razão dos poucos recursos. Disse que o Justificante era justo com os subordinados e normal com seus pares e superiores. Não observou eventual permissividade no tratamento do Justificante com os subordinados. Considera o Oficial zeloso e proativo no cumprimento de suas missões. Acha que o Justificante era perseguido em virtude do tratamento atípico que lhe era dispensado no GRUMEC, pois era o único Oficial que se encontrava constantemente preso, sem motivos para constantes punições. Disse nunca ter visto caso de Oficial que tenha dado 54 serviços de requalificação em escala 2/1. Não presenciou o Justificante dispensar tratamento respeitoso em relação aos subordinados;

CC Geraldo Guilherme Ribeiro Pereira (evento1, 10-PROCADM fls. 16/21):

Serviu no GRUMEC de abril de 2016 a outubro de 2017. Teve contato com o Justificante no Departamento de Administração da Marinha. Antes de servir no GRUMEC já conhecia o Justificante e sempre soube da conduta respeitosa e do seu excelente profissionalismo quando deixou a Equipe de Desativação de Artefatos Explosivos (DAE) para assumir o Departamento de Administração. Apesar do bom tratamento do Justificante com seus pares e superiores, em relação a estes não havia reciprocidade. Por ocasião da passagem de função do Departamento de Administração, o Justificante lhe passou coletâneas de cópias de CI que havia encaminhado ao GRUMEC, cujo teor se referia a sugestões para melhorias e necessidades de manutenções necessárias para o ônibus e as três lanchas Hurricane, que estavam com horas vencidas. Essas CI geraram descontentamento no GRUMEC, pois alguns de seus Oficiais não compreendiam as dificuldades apontadas. Afirmou que o Justificante era considerado um militar zeloso e proativo. Afirmou que, por ser o

Justificante uma pessoa reservada e de poucas palavras, poderia não ser bem visto pelos oficiais mais antigos;

Todos são categóricos em afirmar ser o Justificante um Oficial zeloso e proativo em suas atribuições, além de demonstrar interesse no cumprimento das missões, declarações essas formalizadas, inclusive, por Oficiais. Apesar da disparidade entre os depoimentos desses declarantes com os depoimentos das testemunhas arroladas no libelo, o fato é que a prova documental corrobora a avaliação negativa do Justificante, de forma a confirmar as faltas disciplinares cometidas e o seu desinteresse no desempenho de suas atribuições.

É imperioso frisar que o presente Conselho não visa apenas avaliar a idoneidade moral do Justificante, como condição de integrar o Quadro de Oficiais da Marinha do Brasil, mas também a sua capacidade de ostentar o Posto e, assim, exercer suas atribuições e cumprir as normas e os regulamentos vigentes.

Não obstante o Justificante apresentar conceitos de avaliação dentro da normalidade no período anterior a 2017, o seu empenho e o seu interesse pelas atribuições militares sofreram severa queda no ano de 2018, em face das punições sofridas nesse período, as quais se agravaram por terem ocorrido no curto intervalo de 12 (doze) meses. O desprezo do militar à instituição se revelou na insistência em permanecer no erro e em desafiar a autoridade de seus superiores, a ponto de questionar a sua eficiência como Oficial da Marinha do Brasil.

O princípio da eficiência foi introduzido no art. 37 da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e sua finalidade foi assegurar à sociedade a prestação de um serviço público que atenda de forma razoável aos anseios da sociedade. Tal princípio se embasa na expectativa do contribuinte em relação à contraprestação do Estado nos serviços realizados por seus agentes. Tão relevante esse princípio, que a sua inobservância pode incorrer na perda do cargo público ao servidor que não corresponder às expectativas da Administração.

A eficiência, com maior razão, também é exigível aos membros das Forças Armadas, em razão da atribuição precípua conferida a essas instituições no art. 142 da CF, de defesa da Pátria, das garantias dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. O art. 28, inciso II, do Estatuto dos Militar, traz explicitamente a obrigatoriedade de se observar esse princípio.

A conduta moral e profissional irrepreensível é atributo inafastável da vida militar, de forma que a afronta a esse valor básico da carreira abala severamente os pilares de sustentação das Forças Armadas. Conforme se depreende do libelo acusatório, o Justificante deliberadamente descumpriu esses preceitos, ao incorrer, de forma sequenciada, nas inobservâncias de horário e no manifesto e espontâneo desrespeito às ordens de seus superiores,

bem como às normas e aos regulamentos citados, conforme consta da sua ficha de conceito e das punições documentadas nos autos.

Vale acrescentar que as infrações cometidas pelo Justificante refletem negativamente no seio da tropa e colocam em questionamento a confiança que deve merecer de seus pares e de seus superiores na condução das atividades militares.

Contudo, necessário se faz avaliar o embasamento do libelo acusatório em relação às punições disciplinares por ausência de comunicação prévia, pelo Justificante a seus superiores, a respeito da intenção de se inscrever em concurso público. De acordo com o libelo acusatório, os itens III, IV, V, VI e IX, totalizam o prazo de 15 (quinze) dias de prisão rigorosa em decorrência das mencionadas faltas de comunicação. Sem a pretensão de analisar o mérito do ato administrativo, até porque não cabe a esta Justiça Especializada fazê-lo, por nos faltar competência, a legalidade das punições decorrente dessas condutas foi objeto de questionamento judicial. Conforme alegado pela Defesa, fato semelhante foi objeto de apreciação na Apelação nº 0023134-72.2009. 4.02.5101 (Numeração originária 200951010231342), referente à imposição de pena disciplinar prevista na DGPM-301, item 4.1. Eis a transcrição do Aresto, *in verbis*:

> **EMENTA:** MILITAR. PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO SEM COMUNICAÇÃO A ORGANIZAÇÃO MILITAR. DPGM-301. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTRAVENÇÃO DISCIPLINAR. ILEGALIDADE DA PUNIÇÃO. REMESSA E APELAÇÃO IMPROVIDAS. 1. A presente questão versa sobre a legalidade do Processo Administrativo Disciplinar, que visa apurar suposta contravenção disciplinar do item 28, do artigo 7º, do Decreto nº 88.545/1983, cumulado com o item 4.1, do ato normativo DPGM-301, **em virtude de não ter o militar comunicado ao seu superior hierárquico a sua intenção de prestar concurso público.** 2. **É sabido que os regulamentos podem trazer norma de disciplina e organização dos militares, porém, tal discricionariedade não é ilimitada, devendo se ater as necessidades das Forças Armadas, sob pena de arbitrariedade. 3. Como visto, o item 4.1, do DPGM-301 não diz respeito à vida na caserna, nem se traduz em regramento essencial para a convivência castrense, mas ao contrário, se traduz em invasão à intimidade e à vida privada do militar, além de gerar um constrangimento por comunicar seu interesse em deixar as fileiras militares**. 4. **Nessa senda, não resta dúvida que a supracitada norma é carente de amparo legal, extrapolando os limites da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, eis que fere frontalmente o livre acesso ao trabalho e à escolha da profissão e ofício, esculpido no artigo 5º, XIII, da CRF/88**. Precedentes. 5. Remessa e Apelação improvidas. (Sem grifos no original).

É inquestionável a ocorrência dessas infrações pelo Justificante, conforme documentado nos autos. Não obstante a decisão judicial colacionada pela Defesa, trata-se de julgado isolado, emanado de um tribunal local e referente a caso específico, o qual não possui força vinculante para obstar punições semelhantes no âmbito das Forças Armadas. Prevalece a norma administrativa prevista no DGPM-301, que impôs ao Justificante as punições disciplinares de prisão rigorosa em homenagem à autonomia das instâncias penal e administrativa.

A Defesa também alega que o Justificante só teve sua avaliação abaixo da média enquanto esteve servindo no GRUMEC, obtendo notas suficientes nos períodos em que serviu em outras Unidades.

De fato, as fichas de avalição atestam essa argumentação. No segundo semestre de 2013, antes de embarcar no GRUMEC, obteve a nota de 9,8 (nove vírgula oito). Após ser transferido para a BACS, sua nota foi de 7,71 (sete vírgula setenta e um). Seu conceito começou a declinar a partir do segundo semestre de 2017, quando já servia no GRUMEC, porém, durante o ano de 2018, atingiu valores muito abaixo do mínimo, revelando que as punições foram todas concentradas em relação a fatos ocorridos nesse período (evento 1, 11-PROCADM, fls. 3/9 e 12-PROCADM, fls. 28/31).

Contudo, tal realidade não demonstra a alegada perseguição, mas apenas revela que o Justificante deliberadamente decidiu não mais observar as obrigações militares com o zelo e o amor à profissão que se espera de qualquer oficial, conforme previsão nos citados arts. 27 e 28 do Estatuto dos Militares.

Com sua atuação negativa, o Justificante feriu a ética, o pundonor e o decoro da classe, ao deixar de observar os preceitos militares e incorrer nas condutas elencadas no libelo, quais sejam: chegar atrasado para render oficial de serviço; não comparecer ao horário designado para o serviço; não reunir o quarto de serviço para transmissão de ordens e recomendações previstas; deixar de participar ao seu superior a respeito da impossibilidade de comparecer no GRUMEC; descumprir ordem regulamentar ao deixar de registrar as ocorrências no Livro de Oficial de Serviço do Dia; regressar atrasado, sem justificativa, estando de serviço; não comparecer à passagem de serviço no horário normatizado; deixar de cumprir ordem do imediato; faltar ao expediente sem justificativa; não cumprir ordem regulamentar; e deixar de informar aos seus superiores sobre a participação em concursos públicos. Todas essas faltas têm o seu grau de gravidade em virtude do risco a que expuseram a ordem e a disciplina, além de gerar a quebra de confiança em relação aos superiores do Justificante.

Como afirmado, essas condutas verdadeiramente abalaram, em curto espaço de tempo, os preceitos e os valores intrínsecos à profissão militar, de forma que a manutenção do Justificante nos Quadros da Marinha do Brasil abalaria sobremaneira os princípios da hierarquia e da disciplina por gerar verdadeira quebra da confiança por seus superiores e uma referência negativa do Justificante perante seus pares e os integrantes da Organização Militar.

Diante do exposto, julgo procedente o Conselho de Justificação, para considerar o Capitão-Tenente **GILENO COSTA DA SILVA** culpado das acusações constantes do libelo e declará-lo indigno do Oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836/1972.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a arguição de suspeição do Presidente do Conselho de Justificação, levantada pela Defesa, em sede de preliminar, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em indeferir a segunda preliminar de intempestividade do Conselho de Justificação, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em rejeitar, por falta de amparo legal, a terceira preliminar de cerceamento de defesa, por ausência de peças processuais; **por unanimidade**, em não conhecer da quarta preliminar defensiva de ausência de tipicidade e de requisitos para instalação do Conselho de Justificação, consoante dispõe o art. 81, § 3º, do RISTM; **por maioria**, em rejeitar, por falta de amparo legal, a quinta preliminar de nulidade, que questiona a realização da sessão secreta para deliberação do Relatório pelo Conselho de Justificação. Na sequência, em rejeitar, **por unanimidade**, a sexta preliminar de cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento de diligências requeridas na fase de defesa prévia, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em indeferir a sétima preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, decorrente da não submissão do Justificante à prévia inspeção de saúde, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em não conhecer da oitava preliminar de nulidade em face da ausência de justa causa para a instauração do Conselho de Justificação, consoante o disposto no art. 81, § 3º, do RISTM; **por unanimidade**, em rejeitar a nona preliminar defensiva, de nulidade em face do indeferimento do pedido para a gravação dos depoimentos em processo digital; **por unanimidade**, em rejeitar a décima preliminar defensiva de nulidade sob a alegação de interferência da Assessoria Jurídica junto aos membros do Conselho de Justificação; **por unanimidade**, em julgar prejudicado o pedido de extração de documentos para encaminhamento

ao MPM, em face da vista integral do processo concedida à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, analisado na condição da décima primeira preliminar. Prosseguindo, **por maioria**, em rejeitar a décima segunda preliminar, suscitada pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, que dava interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante da Marinha, ao remeter os autos ao STM, fosse presentado pela Advocacia-Geral da União e, em consequência, julgava extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. No mérito, **por maioria**, em julgar procedente o Conselho de Justificação, para considerar o Capitão-Tenente **Gileno Costa da Silva** culpado das acusações constantes do libelo e declará-lo indigno do oficialato, com a consequente perda do posto e da patente, nos termos do art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836/1972.

Brasília, 15 de abril de 2021 – Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Conselho de Justificação Nº 7000093-50.2020.7.00.0000

Votei vencido, divergindo da maioria dos Ministros desta Corte, para que o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA fosse considerado não justificado e incapaz de permanecer na ativa da Marinha do Brasil, e, por consequência, fosse determinada sua reforma, nos termos do art. 2º, inciso I, alíneas "b" e "c", c/c o art. 16, inciso II, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Trata-se de processo oriundo do Conselho de Justificação, instaurado por determinação do Exmo. Sr. Comandante da Marinha, por meio da Portaria nº 150/MB, de 27 de maio de 2019, para julgar o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA, com espeque no art. 2º, inciso I, alínea "b", da Lei 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

De acordo com o Libelo Acusatório (evento 1, 1PROCADM, fls. 27/34), o Justificante apresentou conduta irregular ao ter cometido fatos típicos transgressivos, que acarretaram o total de (33) trinta e três dias de prisão rigorosa como punição, representando grave afronta ao princípio basilar da Disciplina, um dos alicerces da profissão militar, insculpido no *caput* do art. 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Foram narradas as seguintes transgressões praticadas pelo Oficial:

a) De acordo com seus assentamentos militares, o Oficial foi punido com trinta e três dias de prisão rigorosa, no período de doze meses consecutivos, pela prática das contravenções disciplinares a seguir discriminadas:

I - punido com cinco dias de prisão rigorosa, em 16 MAR 2018, pelo comandante do Grupamento de Mergulhadores de Combate (GRUMEC), por ter cometido as seguintes contravenções disciplinares, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 43/2018 do GRUMEC (Anexo B):

- Chegou atrasado para render o Oficial de Serviço do GRUMEC no dia 10 MAR 2018, sem justificativa;

- Não compareceu à passagem de serviço no horário normatizado no dia 10 MAR 2018;

- Não reuniu o quarto de serviço para transmitir as ordens e recomendações previstas no dia 10 MAR 2018;

- Não participou à autoridade a que estava subordinado, em tempo, sobre a impossibilidade de comparecer ao GRUMEC para assumir o serviço de Oficial de Serviço do GRUMEC, no dia 10 MAR 2018;

- Descumpriu ordem regulamentar ao deixar de fazer os registros e ocorrências necessários, no Livro do Oficial de Serviço do GRUMEC, por ocasião da passagem do serviço de Oficial de Serviço do dia 10MAR2018 para 11MAR2018; e

- Cometeu as faltas supracitadas na presença de subordinados.

II - punido com seis dias de prisão rigorosa, em 28 JUN 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter cometido as seguintes contravenções disciplinares no dia 05 ABR 2018, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 96/2018 do GRUMEC (Anexo C);

- Regressou atrasado, sem justificativa, estando de serviço;

- Não compareceu ao reunir para a passagem de serviço no horário normatizado; e

- Não informou ao Imediato do GRUMEC sobre a impossibilidade de comparecer para assumir o serviço, no dia 05 ABR 2018.

III - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06 AGO 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de cargos e formação de cadastro de reserva nos cargos de Analista Judiciário e Técnico Judiciário do quadro de pessoal da Justiça Federal de 1º e 2º graus, regido pelo Edital nº 1-TRF, de 5 de setembro de 2017, descumprindo norma regulamentar prevista no item 4.1 do Cap. 4 da DGPM-301 (2ª Revisão) (Anexo D), conforme consta de forma detalhada

no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

IV - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06 AGO 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de cargos e formação de cadastro reserva nos cargos de Analista Judiciário e Técnico Judiciário da Justiça Militar da União (JMU), regido pelo Edital nº 1-STM, de 14SET2017, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamentos constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

V - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06 AGO 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro reserva nos cargos de nível superior e de nível médio/técnico da área Administrativa com lotação nas unidades da Rede EBSERH, regido pelo Edital nº 4-EBSERH-Área Administrativa, de 22 de março de 2018, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

VI - punido com três dias de prisão rigorosa, em 06 AGO 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para provimento de vagas nos cargos de Oficial de Inteligência, de oficial Técnico de Inteligência e de Agente de Inteligência, integrantes do Plano de Carreira e Cargos da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), regido pelo Edital nº 1-ABIN, de 2 de janeiro de 2018, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico de Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

VII - punido com quatro dias de prisão rigorosa, em 06 AGO 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por deixar de cumprir ordem do Imediato do GRUMEC de regressar para bordo e por faltar o dia de expediente, em 19 JUL 2018, sem justificativa, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 110/2018 do GRUMEC (Anexo E);

VIII - punido com dois dias de prisão rigorosa, em 20 SET 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de tomar qualquer ação para responder as determinações emanadas por duas mensagens do Comando do Material de Fuzileiros Navais (CMATFN), sem justificativa, sendo negligente no desempenho do serviço que lhe fora confiado, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 135/2018 do GRUMEC (Anexo F);

> IX - punido com três dias de prisão rigorosa, em 20 SET 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter deixado de comunicar à sua OM, que se inscrevera em concurso público para Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro (TER-RJ), regido pelo Edital nº 1/2017, descumprindo norma regulamentar (Anexo D), conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 135/2018 do GRUMEC (Anexo F); e
>
> X - punido com um dia de prisão rigorosa, em 20 SET 2018, pelo Comandante do GRUMEC, por ter reincidido no não cumprimento de ordem regulamentar, tendo como agravante o acúmulo de contravenções simultâneas e correlatas, bem como maus antecedentes, conforme consta de forma detalhada no Histórico da Falta, Análise dos Fatos e Julgamento constantes da Ordem de Serviço nº 135/2018 do GRUMEC (Anexo F).

Os membros do Conselho, por unanimidade, julgaram o Justificante culpado dos fatos que lhe foram imputados no Libelo Acusatório, por entenderem que o Oficial feriu valores fundamentais e intrínsecos à Marinha do Brasil, como o PUNDONOR MILITAR, representado pelo esforço do militar para pautar sua conduta como a de um profissional correto, em serviço ou fora dele; o DECORO DE CLASSE, inerente ao valor moral e social que a sociedade quer e exige de um membro da instituição Marinha; o SENTIMENTO DO DEVER, representado pelo exercício das funções que couber ao militar em decorrência do cargo, cumprimento das leis, regulamentos e ordens e dedicação integral ao serviço, e a HONRA PESSOAL, consistente na conduta pessoal, boa reputação e respeito de que o militar é merecedor perante seus superiores, pares e subordinados (evento 1, 20-PROCADM a partir da fl. 13 até 22-PROCADM).

Tais valores estão insculpidos nos artigos 27, I; 28, I, II, IV, VII, XIII e XIX; e 31, III, IV e V, todos do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), que assim dispõe:

> Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar:
>
> I - 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;
>
> (...)
>
> Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:
>
> I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;

> II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;
>
> (...)
>
> IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;
>
> (...)
>
> VII - empregar todas as suas energias em benefício do serviço;
>
> VIII - praticar a camaradagem e desenvolver, permanentemente, o espírito de cooperação;
>
> IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;
>
> (...)
>
> 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:
>
> (...)
>
> III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
>
> IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;
>
> V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; (...).

O Comandante da Marinha Alte Esq ILQUES BARBOSA JUNIOR, por meio do Despacho Decisório de 7 de janeiro de 2020, ratificou o parecer dos Membros do Conselho de Justificação e considerou o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA **culpado e incapaz de permanecer na ativa** (evento 1, 26-PROCADM).

Em Alegações Escritas, a Defesa pugna para que o Conselho seja julgado improcedente, a fim de ser o Justificante considerado capaz de permanecer no serviço ativo da Marinha (evento 1, 13-PROCADM, fls. 01/43).

Para tanto, sustenta que a alegada ineficiência do Justificante não é compatível com as inúmeras comunicações internas feitas por ele, alertando a OM sobre o uso indevido dos meios e recursos disponíveis. Salienta não ser comum um militar tido como incompetente acumular atribuições de administração e logística e ainda receber elogios de seus superiores.

Aduz que as acusações constantes do Libelo revelam a intenção de macular a honra do justificante, contudo caem por terra diante das declarações das testemunhas defensivas, a ponto de afastar a alegada permissividade com os subalternos, os atrasos e a má conduta em adestramento.

Com relação ao depoimento do Comandante ELÍGIO, aponta a sua suspeição em face da inimizade notória com o Justificante, além da sua contradição, ao desqualificar o Justificante e, ao mesmo tempo, ao elogiá-lo no desempenho de suas atribuições.

Afirma que a alegada falta de interesse do Justificante de se aprimorar como oficial também não se sustenta diante dos dados existentes no sistema da OM (SIGMA), os quais comprovam os requerimentos do Justificante, inclusive, ao Comandante ELÍGIO, quando se colocou à disposição para participar do Curso de Desativação de Artefatos Explosivos.

Sustenta a intenção do então Comandante do GRUMEC CF AGUIAR e do CF ELÍGIO de obstarem o desembarque do Justificante da OM com a intenção de puni-lo e levá-lo a Conselho, conforme ficou bem claro no depoimento deste último Oficial. Aduz que a verdade emergiu dos autos e as imputações de descrédito foram corroídas a ponto de afastar a alegada permissividade com subalternos, os atrasos e a má conduta em adestramento.

Salienta não ter o Justificante apresentado punições ou contravenções no ano de 2017, além de sua ficha apresentar comportamento excelente desde o término de sua formação em 2010, e nos anos seguintes, até o seu embarque no GRUMEC, em 2014. Em março de 2018, passou a sofrer as prisões rigorosas aplicadas pelo Comandante AGUIAR de forma injusta e sequencial.

Aduz a improcedência das acusações em face da contradição explícita nas circunstâncias de responder a Conselho e, ao mesmo tempo, ser merecedor da confiança de seus superiores, ao ser designado como encarregado de PNR e de várias outras funções, além de participar normalmente de cursos de carreira (CEMOI - Curso de Estado Maior para Oficiais Intermediários).

Inicialmente, consigno que, em sede de Conselho de Justificação, não cabe a esta Corte rever o mérito da punição aplicada em razão de transgressão disciplinar, ato que, inclusive, já está maculado pela preclusão administrativa, haja vista que a punição foi aplicada, o prazo de recurso foi aberto, o julgamento finalizado, e a penalidade cumprida. Este momento processual serve apenas para verificar se, diante das transgressões cometidas, o militar é digno de permanecer no oficialato ou é com ele incompatível, à luz dos princípios morais e éticos, com o respeito ao decoro e ao pundonor militar.

Em suma, o processo administrativo disciplinar foi instaurado e foi constatada **conduta irregular** praticada pelo Justificante, consistente no acúmulo de transgressões disciplinares, que perfizeram um total de 33 (trinta e três) dias de prisões rigorosas, no intervalo de tempo de 12 (doze) meses, em clara afronta aos valores e preceitos éticos militares, dispostos nos arts. 27, 28 e 31 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80).

Ao analisar as argumentações defensivas, verifico que muitas delas estão dissociadas da matéria tratada no Conselho de Justificação, sendo outras circunstanciais e incapazes de interferir no mérito da condenação aplicada ao militar. A base da tese defensiva se concentra no argumento de que o Justificante foi perseguido e injustiçado dentro do GRUMEC, que sofreu punições rigorosas, injustas e desproporcionais, o que seria confirmado nas declarações prestadas pelas testemunhas de Defesa.

Aduz a Defesa que o Relatório do Conselho de Justificação foi manifestamente contrário à prova dos autos, não se coadunando com as circunstâncias dos fatos e com as provas orais produzidas. Cita diversos depoimentos das testemunhas defensivas, que alega demostrarem a regular conduta do CT GILENO, assim como seu comprometimento ético e moral com Marinha.

Como testemunhas de Acusação, foram ouvidos o CF ELÍGIO, Imediato do GRUMEC e futuro Comandante do Grupamento, CC CASTELO BRANCO, Encarregado da Escola de Mergulho de Combate e, consequentemente, da Formação dos Mergulhadores de Combate e o CT SANTIAGO, Encarregado da Divisão Especial de Resgate e Retomada, que, em suma, corroboraram os fatos narrados no Libelo Acusatório, confirmando que o Oficial, no período em que serviu no GRUMEC, foi declinando em seu desempenho junto à Força e em seu comprometimento com as obrigações militares, o que pode ser observado nas próprios assentamentos do Justificante.

Dentre as testemunhas arroladas pela Defesa, estão o CC GUILHERME e do SO-AM (RM1) BELTRAME, que são pessoas próximas ao Justificante ou que serviram com ele em período muito anterior. Para essas testemunhas, o Oficial era um excelente militar, de bom caráter, cumpridor dos seus deveres, detentor de vigor físico acima da média, que tratava seus subordinados com respeito e dignidade. Embora se apresente uma aparente divergência de opiniões entre as testemunhas de Defesa e de Acusação, importante ressalvar que as testemunhas defensivas são próximas ao Justificante e não acompanharam os fatos averiguados no Conselho, pois não serviam mais com o militar na data da ocorrência dos fatos.

Logo, os depoimentos das testemunhas defensivas não possuem o condão de lançar inveracidade sobre as condutas descritas pelas testemunhas de Acusação, pois refletem a opiniões sobre o Justificante em momento anterior, em meados de 2014, época em que, de fato, ele possuía uma conduta de maior compromisso junto à Força, como se pode inferir nos próprios assentamos do CT GILENO, e não um relato sobre os fatos apurados no Conselho, que aconteceram em 2018.

A Defesa rebate com veemência o conteúdo das declarações prestadas pelas testemunhas de Acusação, acusando-os de serem inverossímeis, requerendo, inclusive, a extração de peças do Conselho para serem remetidas ao MPM, a fim de que se apurem eventuais crimes de falso testemunho.

Aduz que o CC CASTELLO BRANCO teria uma relação de "ojeriza" para com o Justificante e fez fortes declarações (consideradas como inverídicas pela Defesa), a exemplo da informação de que o Oficial "não teria procurado se aprimorar".

Da mesma maneira, a Defesa condena as declarações prestadas pelo CF ELIGIO, a quem acusa ser desafeto do CT GILENO, sob a justificativa, tão somente, de que ele prestou informações em seu testemunho as quais considera como inverídicas, a exemplo: a informação de que o Oficial "deixava a desejar, não cumprindo adequadamente suas tarefas, não demonstrando espírito de corpo"; que "considera o comprometimento do Oficial com o Serviço pouco ou nenhum"; que a conduta do Justificante seria "a pior possível"; que as condutas do Oficial "demonstravam descrença no Sistema Marinha do Brasil, o que dava a entender que o Oficial não possuía fé na missão da MB"; que "considera o CT COSTA SILVA desonesto e desleal", dentre outras afirmações. Afirma, ainda, que o CF ELIGIO seria contraditório, pois, no ano de 2017 fez um comentário no Sistema de Mensagens com relação ao CT GILENO, afirmando que "o Departamento de Administração estava sendo muito bem conduzido pelo CT COSTA SILVA".

Ao contrário do que afirma a Defesa, não vislumbro a contradição no depoimento prestado pelo CF ELIGIO, em especial porque o elogio mencionado foi realizado em 2017, período anterior aos fatos. Por outro lado, também não há que se falar em informações inverídicas pelo fato de as declarações das testemunhas de Acusação serem contrárias às testemunhas defensivas. Em verdade, elas expressam as opiniões dos respectivos militares sobre a postura do Justificante, sobre sua conduta como militar, não sendo contraditórias sobre fatos específicos. Também por essa razão, entendo não haver plausibilidade no pedido defensivo de extração de peças do Conselho para encaminhamento ao MPM, a fim de verificação de crime de falso testemunho.

Para dar vazão à sua tese de que o Justificante estaria sendo vítima de perseguição dentro do GRUMEC, a Defesa alega que o Comando da OM negou o Desembarque do CT GILENO sem uma justificativa plausível. Contudo, tal alegação é refutada nos documentos juntados aos autos, pois existe uma Nota sugerindo que não se procedesse ao desembarque do Oficial porque ele estava respondendo a diversas transgressões disciplinares, devendo-se aguardar a conclusão da análise dessas transgressões para, então, verificar a possibilidade do desembarque do militar.

A Defesa argumenta, ainda, que o não afastamento do Oficial de suas funções demonstraria que ele tem capacidade para permanecer no serviço ativo. No entanto, conforme dispõe o art. 3º, inciso II, da lei nº 5.836/72, no caso de conduta irregular, o afastamento do militar é discricionário da autoridade nomeante, não sendo observado caso não haja prejuízo para o andamento do serviço:

> Art. 3º O oficial da ativa das Forças Armadas, ao ser submetido a Conselho de Justificação, é afastado do exercício de suas funções:
>
> I - automaticamente, nos casos dos itens IV e V, do artigo 2º; e
>
> **II - a critério do respectivo Ministro, no caso do item I, do artigo 2º**. (Grifos nossos).

Argui que a alegada ineficiência do Justificante não seria compatível com o fato de acumular atribuições de administração e logística e ainda receber elogios de seus superiores. Afirma que o CT GILENO não teria apresentado punições ou contravenções no ano de 2017, além de sua ficha apresentar comportamento excelente desde o término de sua formação em 2010, e nos anos seguintes, até o seu embarque no GRUMEC em 2014.

Mais uma vez, não assiste razão aos argumentos defensivos.

De fato, não se questiona que em período anterior o militar apresentava um bom desempenho em suas funções e, por isso mesmo, assumiu atribuições importantes dentro da OM. Contudo, no resumo dos Assentamentos do Justificante, verifica-se que já no período de 2014-2015 para 2015-2016 o militar demonstrava queda em seus rendimentos. Em sua avaliação de 2016-2017, teve seu desempenho reduzido de uma média anterior de 7,5 para 5,71 no desempenho da função. Nesse período, inclusive, em que o seu Comandante era o CMG ALAN (que em nada tem a ver com as transgressões averiguadas no Conselho), consta a anotação de que o Justificante apresentava baixo desempenho profissional e comportamento social abaixo do que se espera de um Oficial da Marinha. Já no ano de 2018, tendo como Comandante o CF AGUIAR, a média de suas avaliações ficou abaixo de 4, sendo registrado pelo respectivo Comando que o ora Justificante apresentava falhas de caráter e lealdade.

Para a avaliação ética do militar, a questão principal consiste em definir os contornos das condutas que levariam à perda do posto e da patente, por incompatibilidade ou indignidade para com o oficialato ou a decretação da reforma.

O ato desta Corte de declarar o oficial indigno para o oficialato ou com ele incompatível, a ponto de perder o posto e a patente, deve ser reservado a condutas que mereçam grande reprovação por parte do núcleo social respectivo.

Nessa função, nos termos do art. 14 do Estatuto dos Militares, maior era a sua autoridade e também a sua responsabilidade, de modo que tinha o Oficial o dever de servir de exemplo para seus subordinados, bem como de fiscalizar suas condutas.

Por essa razão, o modo de agir do Justificante apontou ter procedido incorretamente no desempenho do cargo, concorrido para uma conduta irregular e praticado ato que afetou a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, previstos nos artigos 27, I; 28, I, II, IV, VII, XIII e XIX; e 31, III, IV e V, todos do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980).

Por conseguinte, tornam-se inócuas as alegações defensivas de que atualmente o comportamento do Justificante é meritório, de que ele não praticou qualquer conduta desabonadora após a condenação ou de que não tenha restado provado abalo na confiança dos superiores, alteração de seus atributos morais e profissionais ou redução de sua capacidade de liderança.

Não há previsão legal de que esses atos sejam capazes de apagar condutas demeritórias porventura comprovadas ou de que lhe atenuem as consequências previstas para esta demanda. Na verdade, a simples conduta do Justificante já é suficiente para que reste cristalino seu desvio moral, a demonstrar que ele não tem condições de liderar, muito menos de gozar da confiança de seus pares, quanto mais de seus superiores.

Portanto, tem-se que o modo de agir do Justificante maculou sua carreira, afetando frontalmente o pundonor militar e o decoro da classe, em claro prejuízo à hierarquia e à disciplina, uma vez que a conduta de qualquer militar deve se pautar pelos valores éticos e morais exigidos aos membros das Forças Armadas.

Assim, considerando os fatos narrados no Libelo Acusatório, em cotejamento com o robusto conjunto probatório, em que se destacam os inúmeros documentos e depoimentos carreados aos autos, resta evidenciado o grave comprometimento dos preceitos da ética e moral previstos no Estatuto dos Militares, uma vez que o Justificante revelou, durante a sua trajetória, conduta incompatível com aquela exigida de um Oficial das Forças Armadas.

Por fim, é oportuno salientar que os autos revelaram que foram inúmeras as oportunidades dadas ao Justificante sem que nenhuma delas tivesse surtido o efeito esperado dos seus Superiores, circunstância que compromete sobremaneira os pilares constitucionais acima referenciados, a partir dos quais repousa toda a legislação castrense.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte:

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL. INCAPACIDADE DE PERMANECER NA ATIVA. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO. SOBRESTAMENTO. INDIGNIDADE. PERDA DO POSTO E PATENTE. O prazo de 6 (seis) anos previsto no *caput* do art. 18 da Lei nº 5.836/72 deve ser tomado como tempo limite para a instauração do Conselho de Justificação pelo Comandante da Força e não para a sua conclusão. Entendimento assentado na jurisprudência desta Corte. Tendo em vista que decorreram apenas 2 (dois) anos e alguns meses entre a data dos fatos pelos quais o Justificante restou considerado culpado e a instauração do presente Conselho, descabe falar em transcurso do lapso prescricional previsto para a espécie. O pedido de sobrestamento do feito perdeu o objeto com o trânsito em julgado do Acórdão que manteve a condenação do Justificante nas penas do delito de furto, tipificado no art. 240 do CPM. Justificante submetido a Conselho por força do disposto no art. 2º, inciso I, alíneas "a", "b" e "c", da Lei nº 5.836/72. **Nenhuma das alegações apresentadas pela Defesa foi capaz de infirmar a gravidade dos fatos e as circunstâncias em que esses se deram. *In casu*, além de não reunir mais as condições necessárias para permanecer na ativa, o Justificante deve ser declarado indigno do oficialato, com a determinação de perda de seu posto e patente.** Rejeição da primeira Preliminar. Segunda Preliminar julgada prejudicada. Oficial declarado indigno do oficialato, com a determinação de perda de posto e patente. Unânime. (STM. Conselho de Justificação nº 0000023-65.2014.7.00.0000, Relator o Ministro Gen Ex. LUIS CARLOS GOMES MATTOS, julgado em 01/08/2017, publicado no DJ de 17/08/2017) (Grifos nossos).

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. CAPITÃO-AVIADOR DO EFETIVO DO COMANDO DA AERONÁUTICA. INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO. PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. INSUBSISTÊNCIA. COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 5.836/72 COM A ORDEM CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DEFENSIVA DE SUSPENSÃO DO FEITO E NOVA OITIVA DO JUSTIFICANTE. PRECLUSÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PORTARIA DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PRESCRIÇÃO. DECISÃO EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. PLURALIDADE DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA DEFLAGRAR O CONSELHO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DO CONSELHO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 18 DA LEI 5.836/72. PRAZO DE 6 (SEIS) ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DE DIREITO PENAL MATERIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE POR ILEGALIDADE DOS FUNDAMENTOS, POR INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS E POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. REGULARIDADE FORMAL E PLENO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. SESSÃO RESERVADA. AUSÊNCIA DE ATOS DECISÓRIOS. ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO

> FINAL. MERA INSTRUMENTALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MÉRITO. INCAPACIDADE DO OFICIAL PARA PERMANECER NA ATIVA. CONDUTAS INCOMPATÍVEIS COM O SENTIMENTO DE DEVER MILITAR, O PUNDONOR MILITAR, A ÉTICA E O DECORO DA CLASSE. PENALIDADE DE REFORMA DO JUSTIFICANTE. DECISÃO POR MAIORIA. [...] **Reputa-se não justificado e, portanto, incompatível de permanecer no serviço ativo da Força Aérea Brasileira, o Oficial que se conduz, em reiteradas oportunidades, em frontal contrariedade ao sentimento de dever militar, à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe**. Ordenada a reforma do justificante, nos termos do art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Decisão de mérito formada por maioria. (STM. Conselho de Justificação nº 0000004-98.2010.7.00.0000, Relatora Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, julgado em 11/09/2014, publicado no DJ de 24/11/2014) (Grifos nossos).
>
> CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFENSA AO PUNDONOR MILITAR. INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO. Oficial do Exército preso em flagrante pela Polícia Federal após adquirir droga de traficante. **Comportamento ofensivo à honra, ao pundonor militar e ao decoro da classe, devidamente comprovado. Conselho de Justificação conhecido, sendo o Justificante declarado indigno do oficialato**, com a perda de seu posto e patente. Decisão unânime. (STM. Conselho de Justificação nº 2003.01.000131-4, Relator o Ministro Gen Ex JOSÉ LUIZ LOPES DA SILVA, julgado em 22/04/2004, publicado no DJ de 11/06/2004) (Grifos nossos).

No entanto, diante da natureza das transgressões, as quais são reprováveis do ponto de vista disciplinar, mas de relativa gravidade, entendo que o militar não deve ser considerado indigno ou incompatível com o oficialato. A conduta irregular do Justificante consiste em uma inadequação à disciplina e na falta de comprometimento com a vida na caserna, mas reputo que a reforma compulsória, prevista no art. 16, inciso II, da Lei 5.836, de 1972, é medida mais proporcional a ser aplicada aos atos cometidos.

Assim já se posicionou esta Corte:

> EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DO CORPO DE FUZILEIROS NAVAIS DA MARINHA DO BRASIL. QUESTÕES DE ORDEM E PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. NÃO JUSTIFICADO. CONDUTA IRREGULAR E VIOLAÇÃO DE PRECEITOS ÉTICOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCAPACIDADE PARA PERMANECER NO SERVIÇO ATIVO. REFORMA COMPULSÓRIA. DECISÃO POR MAIORIA. I - Os requerimentos defensivos de manifestação monocrática por parte do Ministro-Relator acerca do sobrestamento dos autos, com base no art. 160, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), e de oitiva do Justificante antes da inclusão do feito em mesa para julgamento, se contrapõem ao

rito processual previsto e foram enfrentados no decorrer do Voto com submissão ao julgamento do Plenário desta Corte Castrense. Questão de ordem acolhida por unanimidade. II - Não há que se falar em ausência de motivação para o ato administrativo, uma vez que a Portaria que nomeia os membros do Conselho de Justificação foi expedida de forma regular, com referência expressa a documento que relata de forma detalhada as condutas consideradas demeritórias que motivaram a sua instalação. Preliminar de nulidade do ato de instauração rejeitada por unanimidade. III - Embora se permita concluir pela possibilidade de atuação de Advogado constituído em substituição à Defensoria Pública da União no decorrer do processo mediante juntada de instrumento de mandato nos autos, no caso em exame, a despeito da procuração acostada garantir tais poderes ao causídico, a apresentação de nova Defesa Escrita posteriormente ao início do julgamento do feito revela-se inoportuna e configura preclusão consumativa. Questão de ordem de não conhecimento da Defesa Escrita acolhida por unanimidade. IV - O Justificante encontrava-se plenamente apto para responder perante o Conselho, conforme Termo de Inspeção de Saúde, ademais, não se verifica nos autos nenhum outro documento que indique sua incapacidade para tanto. Preliminar defensiva de nulidade do Conselho de Justificação por cerceamento de defesa rejeitada por maioria. V - O § 1º do art. 160 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar não se aplica a este caso, pois não se verifica a existência de processo criminal em tramitação no âmbito da Justiça Comum, muito menos do Foro Militar, que obrigue o sobrestamento ou que seja capaz de influenciar a apreciação deste feito por esta Egrégia Corte. Preliminar de sobrestamento do processo rejeitada por unanimidade. VI - O que se denomina "sessão secreta", na qual o Justificante esteve presente, foi recepcionada pelo texto constitucional vigente e encontra fundamento no art. 12 da Lei 5.836, de 5.12.1972. Destina-se a definir o Relatório a ser redigido, bem como deliberar se o militar é ou não culpado da acusação que lhe foi feita, de modo a amparar a posterior decisão do Comandante da Força. Preliminar de nulidade dos atos da sessão rejeitada por unanimidade. VII - Para o processamento do Conselho de Justificação deve prevalecer o disposto na Lei 5.836, de 1972, cuja incidência permite preservar a coerência e a unidade do rito, sem que configure afronta às garantias da ampla defesa e do contraditório. Preliminar de ilegalidade de remessa dos autos sem representação da Advocacia-Geral da União (AGU) rejeitada por unanimidade. VIII - O rito especial do Conselho de Justificação estabelecido na Lei 5.836, de 1972, não prevê oitiva do Justificante perante este Tribunal Castrense. Preliminar rejeitada por unanimidade. IX - Restou comprovada conduta irregular do Oficial diante das reiteradas contravenções disciplinares praticadas pelo Justificante, bem como da violação de preceitos éticos que afetaram diretamente o pundonor militar e o decoro da classe, com reflexos claros relacionados à honra pessoal, mediante a deterioração do apreço e do respeito do militar perante seus superiores, pares e subordinados. **X - Com base no princípio da proporcionalidade, considerada a natureza das**

condutas que, embora reprováveis do ponto de vista disciplinar, são de relativa gravidade, o Justificante deve ser reformado compulsoriamente, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei 5.836, de 1972. Decisão por maioria. (STM. Conselho de Justificação nº 7001018-17.2018.7.00.0000. Relator para o Acórdão Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 25/06/2020, Data de Publicação: 07/08/2020). (Grifos nossos).

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONDUTA FUNCIONAL IRREGULAR. INCOMPATIBILIDADE. REFORMA. 1. Preliminar de proibição de dupla punição. No caso em questão, não há que cogitar dupla punição, porquanto o presente processo não se destina a julgar transgressões disciplinares ou crimes, mas, sim, avaliar, do ponto de vista ético e moral, a capacidade do oficial de permanecer na respectiva Força Armada. Preliminar rejeitada por unanimidade. 2. Preliminar de ausência de previsão legal para a instauração de novo Conselho de Justificação. A anulação, pela autoridade nomeante, de Conselho de Justificação, por falta de diligências consideradas relevantes para a solução do processo, não impede que esta mesma autoridade, com competência legal estabelecida na Lei nº 5.836/72, c/c o art. 19 da Lei Complementar nº 97/1999, renove o procedimento, mediante a instauração de novo Conselho. Tal avaliação e iniciativa se inserem no âmbito do poder discricionário da autoridade nomeante. Precedente deste Tribunal. O excesso de prazo para a conclusão dos trabalhos em Conselho de Justificação anulado não impede a renovação do procedimento. Precedente deste Tribunal. Preliminar rejeitada por unanimidade. 3. Preliminar de imprestabilidade do atual Conselho de Justificação. A superação do prazo previsto no art. 11 da Lei nº 5.836/1972, para a conclusão dos trabalhos do Conselho de Justificação, não gera nulidade do procedimento, mormente em se tratando de procedimento complexo e demorado, no qual não resta demonstrado prejuízo à defesa e deve ser observado, em sua plenitude, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Preliminar rejeitada por unanimidade. 4. Preliminar de prescrição do fato constante da alínea "a" do Libelo Acusatório do Conselho de Justificação suscitada pela eminente Ministra-Revisora. A prescrição a que se refere a Lei nº 5.836/72 não tem a mesma natureza e efeitos da prescrição penal, devendo ser analisada à luz do direito civil e processual civil, por tratar-se de Processo Administrativo Especial, conforme pacífica jurisprudência dos tribunais, com a chancela do Pretório Excelso. Preliminar rejeitada por maioria. 5. Mérito: Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. **À luz dos princípios referidos, os fatos demeritórios atribuídos ao Justificante, embora reprováveis, não o tornam indigno ou incompatível de modo a ensejar a aplicação da sanção máxima, como a perda do posto e da patente, consistindo, em última análise, em um desajustamento à disciplina e na falta de capacidade técnico-profissional, resultante de problemas psicológicos, sem comprometer os princípios basilares das FFAA**. Decisão por maioria. (STM. Conselho

de Justificação nº 0000222-24.2013.7.00.0000. Relator para o Acórdão Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 02/02/2015, Data de Publicação: 03/03/2015).

Após todas essas considerações, entendo que o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA agiu de maneira irregular e incompatível com sua situação de Oficial de carreira da Marinha do Brasil, além de ter desrespeitado a honra pessoal, o pundonor militar, o sentimento do dever e o decoro da classe, infringindo os preceitos da ética e do dever militar, previstos nos artigos 27, I; 28, I, II, IV, VII, XIII e XIX; e 31, III, IV e V, todos do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), merecendo a reprimenda de reforma compulsória, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei 5.836, de 1972.

Diante do exposto, votei para que o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA fosse considerado não justificado e incapaz de permanecer na ativa da Marinha do Brasil, determinando, por consequência, a sua Reforma, nos termos do art. 2º, inciso I, alíneas "b" e "c", c/c art. 16, inciso II, da Lei 5.836, de 5.12.1972.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 52 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 15 de abril de 2021.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Conselho de Justificação Nº 7000093-50.2020.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, em relação à quinta preliminar de nulidade suscitada pela Defesa, divergi da corrente majoritária e acompanhei o voto apresentado pela eminente Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA pelas razões que passo a expor.

2. Trata-se de processo oriundo do Conselho de Justificação, instaurado por determinação do Exmo. Sr. Comandante da Marinha, por meio da Portaria nº 150/MB de 27 de maio de 2019, para julgar o Capitão-Tenente GILENO COSTA DA SILVA, por ter sido enquadrado no art. 2º, inciso I, alínea "b", da Lei 5.836, de 5 de dezembro de 1972, conforme as acusações constantes no Libelo acusatório.

3. No que diz respeito à quinta preliminar, a Defesa arguiu a nulidade do Conselho em face da não recepção dos arts. 9º, § 1º, e 12, ambos da Lei nº 5.836/1972, pela Constituição Federal, sobretudo em seu art. 5º, inciso LX,

tendo em vista a previsão de sessão secreta para deliberação do Conselho, aduzindo que a Defesa não participou desse ato e, por essa razão, a nulidade se revela em virtude da violação da ampla defesa e do contraditório.

4. Sobre a matéria, este Plenário já conhece meu entendimento, pois tenho suscitado, de ofício, a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, tendo como consectário lógico o reconhecimento da não recepção do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, pela Constituição Federal, uma vez que os citados artigos são considerados disposições infraconstitucionais inseridos em diploma legal editado antes do Ordenamento Jurídico constitucional vigente, o que leva a concluir que não se discute situação de inconstitucionalidade, mas sim de revogação ou não recepção de norma.

5. Daí o motivo pelo qual, no caso vertente, acompanhei o voto da eminente Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, cujos fundamentos adoto também como razão de decidir, *in litteris*:

> A Defesa suscitou a incompatibilidade do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei 5.836/72 com o inciso LX do art. 5º da Constituição Federal de 1988.
>
> Conforme já expus no julgamento do Conselho de Justificação nº 20-23.2008.7.00.0000, entendo ter havido a revogação pela Constituição Federal dos dispositivos acima nomeados.
>
> Abusiva é a norma que priva o cidadão ou seu advogado de participar de sessão de julgamento em processo a que responde, por revelar incontestável desrespeito às garantias constitucionais e odioso retrocesso jurídico que aniquila postulados revestidos de petrealidade.
>
> Certo é que a positividade máxima, ao sistematizar os direitos fundamentais, resguardou os ideais difundidos pelo regime democrático.
>
> Impõe o Diploma Republicano a observância dos axiomas magnos, insculpidos no art. 5º, de eficácia imediata e aplicabilidade direta, vedado à lei infraconstitucional afastar-se das diretrizes garantidoras do processo justo e eficaz.
>
> O conceito atual de Estado de Direito estabelece institutos jurídicos aptos a assegurar o *due process of law*. Salutar que o poder estatal, nomeadamente no exercício do *munus* judicial, observe e faça observar o acervo jurídico civilizatório conferido aos homens, já que atentar contra ele vicia os atos e as decisões prolatadas, devendo ser banidas condutas intervencionistas tendentes a paralisar ou restringir o alcance de suas disposições.
>
> Nesse contexto, com o fito de evitarem-se práticas atentatórias ao republicanismo cívico e ao democratismo, mormente, na seara processual penal, a Constituição Federal assegura, no art. 5º, incisos LIV e LV, o

devido processo legal, consubstanciado na ampla defesa e no contraditório, nas garantias de igualdade entre os litigantes, na imparcialidade do magistrado, na publicidade dos atos judiciais, na fundamentação das decisões, dentre outras.

A legislação ordinária, ao acatá-las, há de respeitar a eficácia almejada, não estabelecendo limitações desmotivadas e desnecessárias constrições aos direitos individuais.

Daí, inadmissíveis julgamentos secretos, não expostos às luzes do Direito. O sigilo somente é concebível em fase inquisitorial e, tão somente, para angariar o mínimo lastro probatório, já que, inclusive aí, as informações não podem ser sonegadas do indiciado.

Na espécie vertente, inexistem motivos idôneos aptos a embasar a ausência de publicidade no julgamento de um Conselho de Justificação. Trata-se de fase final, onde todas as provas já restaram colhidas, sendo vedada a inovação.

Relembro, a publicidade é a regra em todos os atos judiciais, excepcionando-se quando se intenta salvaguardar a ordem pública ou o interesse íntimo dos litigantes. Não é o caso.

In specie, a legislação regulamentadora do Conselho de Justificação não buscou resguardar a intimidade do Justificante ou o interesse social. Ela simplesmente retirou-lhe o direito de participar de julgamento no qual figurava como parte acusada, subtraindo-lhe a plenitude da defesa sem qualquer justificativa.

Por certo, descabe à legislação ordinária instituir o sigilo desarrazoado ou proibir o acesso das partes aos atos realizados, em respeito à igualdade das partes litigantes, escopo garantidor da aplicabilidade e da constante evolução dos direitos, nomeadamente, os fundamentais, alcançados pela sociedade.

Nesse conspecto, às normas subalternas é vedado prever distinções desautorizadas pela Constituição. Em se tratando dos militares, quando a Carta da República objetivou distingui-los, seja para conferir ou suprimir garantias, manifestou-se taxativamente, a fim de obstar dúvidas ou interpretações equivocadas.

Para além, a publicidade dos atos públicos – e as sentenças judiciais ou decisões administrativas o são – é um poderoso aliado da sociedade no controle da atuação das autoridades no que tange à moralidade e à lisura dos procedimentos adotados.

Nesse contexto, óbvio é o interesse geral, e não somente o do justificante, porquanto o decisório atinge tanto a parte quanto a sociedade que convive com o militar.

Nem se argumente ter o Conselho de Justificação natureza administrativa, pelo que afastados estariam os postulados inerentes à judicialização; a uma, pelo seu caráter híbrido, a emprestar-lhe natureza

judicialforme; a duas, porque Processo Administrativo Disciplinar encontrar-se sob o jugo das garantias constitucionais que abrigam o devido processo.

Agregue-se, outrossim, a ideia da proporcionalidade como necessidade intrínseca ao bom funcionamento do regime político.

Verdadeiro *principium* ordenador, a proporcionalidade a despeito de não vir explicitada, textualmente, na *Lex* Pátria, não impede que se lhe atribua vigência e eficácia, face ao disposto pelo § 2º do art. 5º, segundo o qual: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados."

Assim, reconhecer a validade jurídica de julgamentos secretos, até em sede de processo administrativo, amesquinha a Carta Cidadã e nega eficácia ao seu *espiritu*. Inaceitável que lei infraconstitucional restrinja direitos e garantias maiores, pois, ao revés de comprimi-los, buscou o Constituinte Originário reforçá-los em sua imperatividade e alargar-lhes a influência no ordenamento normativo.

Em suma, impossível juridicamente desabrigar do escudo protetivo da Norma *Normarum* o militar submetido a Conselho de Justificação, uma vez que o atuar disciplinatório da Administração Pública submete-se aos valores garantistas norteadores do direito penal, bem assim aos cânones de regência referentes à atuação persecutória do Poder Estatal.

Nessa toada, propedêutica seria a intervenção do STF, guardião da Lei Maior, que não pode se furtar, sob a alegação da discricionariedade administrativa, de valorar questões que vulneram e fulminam garantias constitucionais fundamentalizadas.

Os procedimentos administrativos punitivos e judiciais ostentam feição vinculada, cingidos que estão aos parâmetros superiores que comandam a atividade do Poder Público. A medida ideal de justiça nos Conselhos de Justificação, por suposto, há de resguardar a moralidade administrativa tão cara ao *ethos* castrense, porém sem olvidar as garantias mínimas do cidadão.

Em face de tais considerações, declaro revogados os arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal e manifesto-me pela declaração de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto.

Por essas razões, em relação à quinta preliminar suscitada pela Defesa, votei acompanhando o voto da eminente Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, para declarar a revogação dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal e me manifestar pela declaração de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto.

Superior Tribunal Militar, 15 de abril de 2021.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Conselho de Justificação Nº 7000093-50.2020.7.00.0000

No presente feito, discordei da corrente majoritária em alguns pontos, ao acompanhar o voto vencido do Ministro Revisor no tocante ao mérito; e ao apresentar votos divergentes em relação às duas preliminares a seguir colacionadas.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SESSÃO SECRETA DELIBERATIVA

A Defesa suscitou a incompatibilidade do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei 5.836/72[85] com o inciso LX do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Conforme já expus no julgamento do Conselho de Justificação nº 20-23.2008.7.00.0000, entendo ter havido a revogação pela Constituição Federal dos dispositivos acima nomeados.

Abusiva é a norma que priva o cidadão ou seu advogado de participar de sessão de julgamento em processo a que responde, por revelar incontestável desrespeito às garantias constitucionais e odioso retrocesso jurídico que aniquila postulados revestidos de petrealidade.

Certo é que a positividade máxima, ao sistematizar os direitos fundamentais, resguardou os ideais difundidos pelo regime democrático[86].

Impõe o Diploma Republicano a observância dos axiomas magnos, insculpidos no art. 5º, de eficácia imediata e aplicabilidade direta, vedado à lei infraconstitucional afastar-se das diretrizes garantidoras do processo justo e eficaz.

O conceito atual de Estado de Direito estabelece institutos jurídicos aptos a assegurar o *due process of law*. Salutar que o poder estatal, nomeadamente no exercício do *munus* judicial, observe e faça observar o acervo jurídico civilizatório conferido aos homens, já que atentar contra ele

---

[85] Art. 9º, § 1º: "o Justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à **sessão secreta de deliberação** do relatório".
Art. 12: "Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a **deliberar, em sessão secreta**, sobre o relatório a ser redigido".

[86] Relevante é o pensamento de Biscaretti di Ruffia: "Nos Estados de democracia clássica – tanto de tendência laica como católica – a doutrina política dominante vê na pessoa humana o fator prevalente. E os múltiplos grupos sociais (entre eles o Estado), espontaneamente produzidos ou artificialmente criados pelo homem, não devem ter outra missão senão a de funcionar no interesse daqueles que os compõem, secundando, portanto, as respectivas vontades individuais e facilitando o livre e natural desenvolvimento, até que não lese os iguais direitos de seus semelhantes" In DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional* (Instituições de Direito Público). Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 522/523.

vicia os atos e as decisões prolatadas, devendo ser banidas condutas intervencionistas tendentes a paralisar ou restringir o alcance de suas disposições.

Nesse contexto, com o fito de evitarem-se práticas atentatórias ao republicanismo cívico e ao democratismo, mormente, na seara processual penal, a Constituição Federal assegura, no art. 5º, incisos LIV e LV, o devido processo legal, consubstanciado na ampla defesa e no contraditório, nas garantias de igualdade entre os litigantes, na imparcialidade do magistrado, na publicidade dos atos judiciais, na fundamentação das decisões, dentre outras.

A legislação ordinária, ao acatá-las, há de respeitar a eficácia almejada, não estabelecendo limitações desmotivadas e desnecessárias constrições aos direitos individuais.

Daí, inadmissíveis julgamentos secretos, não expostos às luzes do Direito. O sigilo somente é concebível em fase inquisitorial e, tão somente, para angariar o mínimo lastro probatório, já que, inclusive aí, as informações não podem ser sonegadas do indiciado.

Na espécie vertente, inexistem motivos idôneos aptos a embasar a ausência de publicidade no julgamento de um Conselho de Justificação. Trata-se de fase final, onde todas as provas já restaram colhidas, sendo vedada a inovação.

Relembro, a publicidade é a regra em todos os atos judiciais, excepcionando-se quando se intenta salvaguardar a ordem pública ou o interesse íntimo dos litigantes. Não é o caso.

In specie, a legislação regulamentadora do Conselho de Justificação não buscou resguardar a intimidade do Justificante ou o interesse social. Ela simplesmente retirou-lhe o direito de participar de julgamento no qual figurava como parte acusada, subtraindo-lhe a plenitude da defesa sem qualquer justificativa.

Por certo, descabe à legislação ordinária instituir o sigilo desarrazoado ou proibir o acesso das partes aos atos realizados, em respeito à igualdade das partes litigantes, escopo garantidor da aplicabilidade e da constante evolução dos direitos, nomeadamente, os fundamentais, alcançados pela sociedade.

Nesse conspecto, às normas subalternas é vedado prever distinções desautorizadas pela Constituição. Em se tratando dos militares, quando a Carta da República objetivou distingui-los, seja para conferir ou suprimir garantias, manifestou-se taxativamente, a fim de obstar dúvidas ou interpretações equivocadas.

Para além, a publicidade dos atos públicos – e as sentenças judiciais ou decisões administrativas o são – é um poderoso aliado da sociedade no controle da atuação das autoridades no que tange à moralidade e à lisura dos procedimentos adotados.

Nesse contexto, óbvio é o interesse geral, e não somente o do justificante, porquanto o decisório atinge tanto a parte quanto a sociedade que convive com o militar.

Nem se argumente ter o Conselho de Justificação natureza administrativa, pelo que afastados estariam os postulados inerentes à judicialização; a uma, pelo seu caráter híbrido, a emprestar-lhe natureza judicialforme; a duas, porque Processo Administrativo Disciplinar encontrar-se sob o jugo das garantias constitucionais que abrigam o devido processo.

Agregue-se, outrossim, a ideia da proporcionalidade como necessidade intrínseca ao bom funcionamento do regime político.

Verdadeiro *principium* ordenador, a proporcionalidade, a despeito de não vir explicitada, textualmente, na *Lex* Pátria, não impede que se lhe atribua vigência e eficácia, face ao disposto pelo § 2º do art. 5º, segundo o qual: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados."

Assim, reconhecer a validade jurídica de julgamentos secretos, até em sede de processo administrativo, amesquinha a Carta Cidadã e nega eficácia ao seu *espiritu*. Inaceitável que lei infraconstitucional restrinja direitos e garantias maiores, pois, ao revés de comprimi-los, buscou o Constituinte Originário reforçá-los em sua imperatividade e alargar-lhes a influência no ordenamento normativo.

Em suma, impossível juridicamente desabrigar do escudo protetivo da Norma *Normarum* o militar submetido a Conselho de Justificação, uma vez que o atuar disciplinatório da Administração Pública submete-se aos valores garantistas norteadores do direito penal, bem assim aos cânones de regência referentes à atuação persecutória do Poder Estatal.

Nessa toada, propedêutica seria a intervenção do STF, guardião da Lei Maior, que não pode se furtar, sob a alegação da discricionariedade administrativa, de valorar questões que vulneram e fulminam garantias constitucionais fundamentalizadas.

Os procedimentos administrativos punitivos e judiciais ostentam feição vinculada, cingidos que estão aos parâmetros superiores que comandam a atividade do Poder Público. A medida ideal de justiça nos Conselhos de Justificação, por suposto, há de resguardar a moralidade administrativa tão cara ao *ethos* castrense, porém sem olvidar as garantias mínimas do cidadão.

Em face de tais considerações, declarei revogados os arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal e manifestei-me pela declaração de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto.

ILEGALIDADE/ILEGITIMIDADE DA REMESSA DOS AUTOS AO STM PELO COMANDANTE DA FORÇA SEM A PRESENTAÇÃO DA AGU

Suscitei, de ofício, questão não pleiteada pela Defesa que prejudicaria, a meu ver, a análise meritória. Trata-se da ilegitimidade da remessa dos autos ao STM, pelo Comandante da Força, sem a presentação da Advocacia-Geral da União.

Já nos anos de 1992/1993, o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, em artigo intitulado "Do Conselho de Justificação e da Representação por Indignidade", publicado na Revista do Superior Tribunal Militar, v. 14/15, pp. 167-183, elucidava:

> (...) os oficiais das Forças Armadas e das PMs e CBs, só perdem seu posto e patente, ou seja, são excluídos do serviço público, por força de sentença judiciária, isto equivale a dizer que são funcionários públicos vitalícios. Não são apenas "estáveis" no serviço público, pois se assim fossem poderiam ser demitidos (que é uma punição) apenas em virtude de processo administrativo (ver art. 41 da CF). Tal não acontece com os vitalícios (...).
>
> (...)
>
> Na verdade, como veremos, uma sentença judiciária não penal é apta a demitir um vitalício. O que se exige é que só o Judiciário em jurisdição contenciosa possa assim proceder.
>
> (...)
>
> Realmente o Conselho de Justificação, a partir do momento em que é submetido ao Superior Tribunal Militar, perde o caráter de processo administrativo.
>
> A primeira razão, e a mais óbvia, é que o Tribunal, que é do Poder Judiciário, não julga processo administrativo, a não ser os relativos a assuntos de seu interesse, *interna corporis*. Mas quando assim procede não emite sentença com força de coisa julgada, porque estará agindo como um mero colegiado administrativo.
>
> (...)
>
> Por óbvio, o Processo Administrativo só é válido para a Administração, jamais para o Judiciário. Como dito, o Poder Judiciário pode julgar administrativamente seus próprios funcionários, e comumente o faz, mas jamais poderá julgar, administrativamente, funcionários de outros Poderes, sob pena de invasão inconstitucional da competência dos outros dois Poderes do Estado.
>
> O simples fato de o Conselho de Justificação versar sobre matéria de Direito Administrativo não transforma o seu processamento no Superior Tribunal Militar em Processo Administrativo. Questões de Direito Administrativo todos os dias são julgadas na Justiça Federal, mas isto não retira a natureza dos processos judiciais.

> (...)
>
> Interessante notar que o Excelso Pretório entende que a Representação por Indignidade possui natureza de processo pelo simples fato de haver uma representação do Chefe do Ministério Público Militar. Os arestos não justificam porque a Representação tem o condão de transformar um "processo administrativo" em judicial, talvez seja porque nesse caso surja uma lide.
>
> Mas é de se observar que no Conselho de Justificação também existe uma lide, aliás idêntica a existente na Representação. Há um conflito de interesse entre a União Federal que deseja se ver livre de um funcionário vitalício e só pode fazê-lo através de sentença judiciária como visto, e o detentor da patente que deseja mantê-la. (...).
>
> Acertado que o Processo de Conselho de Justificação perante o E. Superior Tribunal Militar não é administrativo e sim judicial, que termina com uma sentença de mérito (processo de conhecimento) (...).

Assiste razão ao ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Inicialmente, teço considerações a propósito das diferenças entre o processo judicial e o administrativo. Consoante José dos Santos Carvalho Filho:

> No processo judicial, a relação é trilateral, porque além do Estado-Juiz, a quem as partes solicitam a tutela jurisdicional, nela figuram também a parte autora e a parte ré. No processo administrativo, a relação é bilateral, porque, quando há conflito, de um lado está o particular e de outro o Estado, a este incumbindo decidir a questão; o Estado é parte e juiz. Por fim, o processo judicial vai culminar numa decisão que pode tornar-se imodificável e definitiva, ao passo que no processo administrativo as decisões ainda poderão ser hostilizadas no Poder Judiciário.[87]

Acerca do direito de recorrer ao Judiciário, especialmente no que concerne ao processo disciplinar, explicita o supracitado autor:

> De tudo o que demonstramos, parece claro que tais cuidados são exigíveis para permitir, de forma clara, o exercício de um dos mais importantes direitos fundamentais, qual seja, o de recorrer ao Judiciário para controle da legalidade dos atos administrativos.
>
> Na verdade, esse controle é essencial para garantir a observância do princípio da legalidade, portanto ninguém desconhece que alguns efeitos oriundos de decisão do processo disciplinar são extremamente gravosos. O arbítrio de alguns administradores pode acarretar irreversíveis prejuízos ao servidor. Essa é a razão por que, atualmente, cresce a tendência de reduzir o espaço impenetrável de averiguação dos elementos fáticos e jurídicos exercida pelo Poder Judiciário, sobretudo

[87] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1024.

> porque nos feitos administrativos não é exigida a imparcialidade própria dos julgadores de litígios. Ampliar a perscrutação do juiz no processo administrativo é assegurar maior garantia de legalidade aos acusados, e é nesse sentido que se encontra o sentimento atual de controle judicial. Nessa investigação – como acentuam os estudiosos – devem ser apreciados todos os elementos do ato punitivo, especialmente a motivação conducente ao desfecho sancionatório.
>
> O controle de legalidade, todavia, deve observar a sequência normal das instâncias do Judiciário, não sendo permitida a supressão de nenhum grau de jurisdição. Desse modo, é incabível a interposição de recurso extraordinário contra qualquer decisão de caráter administrativo, uma vez que inexiste causa decidida em última ou única instância por órgão do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, o que, de resto, é exigido no art. 102, III, da CF.[88]

Ora, se o Conselho de Justificação se tratasse de mero processo administrativo, o servidor militar sucumbente poderia socorrer-se para buscar uma revisão, agora judicial, da decisão proferida.

Nesse sentido, caberia ação ordinária contra o ato administrativo, a ser julgada pelo Juiz Federal. Todavia, isso não ocorre na prática.

O STM – órgão estranho ao Poder Executivo – emana uma decisão final e não impugnável, uma vez que o STF entende descaber o Recurso Extraordinário diante da natureza administrativa da decisão deste Tribunal. Dessa forma, os direitos e as garantias fundamentais do Justificante, porventura violados, quedam-se desprotegidos. Pelo que vislumbro a necessidade de se judicializar a demanda.

E não poderia ser diferente. A Carta Magna, ao dispor que o oficial só perderá o posto e a patente por decisão de tribunal militar de caráter permanente, visou amplificar a garantia do militar de maior posto e patente e, por consequência, detentor de maiores deveres para com a pátria, não autorizando demissão arbitrária pela via administrativa. A sistemática atual deturpa o sentido da Carta Política, com resultado diametralmente reverso: o oficial é julgado em uma única instância judicial (art. 14 da Lei nº 5.836/72), e tem somente uma chance de se defender, enquanto a praça que for licenciada ou excluída pode recorrer ao Judiciário e esgotar todos os graus de jurisdição.

À evidência, não se pode confundir a natureza da matéria com a natureza do processo. A matéria é administrativa, sem sombra de dúvidas, contudo o processo, nesta Casa de Justiça, é judicial.

---

[88] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit*. p. 1052.

Aqui não se está a tratar de questões *interna corporis* do Tribunal, cuida-se, sim, de competência prevista na Constituição da República para julgar se a conduta de oficial deve acarretar a perda do posto e da patente. Entendimento inverso equivaleria a admitir-se, como enfatizou a Defesa, que um tribunal julgue administrativamente funcionários não só de outro órgão, como de outro Poder; uma violação expressa ao princípio da separação dos poderes, porquanto as Forças Armadas integram a Administração Direta do Executivo Federal.

Sem sombra de dúvidas, está-se diante de violação expressa ao princípio da separação dos poderes, jamais ponderada por este Plenário desde a promulgação da Carta de 1988, porquanto as Forças Armadas integram a Administração Direta do Executivo Federal. Ora, o objetivo máximo da teoria da tripartição das funções executiva, legislativa e judiciária é combater o Estado absolutista. Para tanto, evita-se a concentração do atuar estatal, distribuindo-o, sem prejuízo, da existência das funções atípicas de cada Poder, desde que previstas na Carta Magna.

Há, portanto, de descriminar-se as atribuições, exercidas com independência e autonomia, sendo vedado o exercício de atuar estranho à natureza de cada qual, ou seja, veda-se que um único Poder possa legislar, aplicar a lei ao caso concreto e ainda julgar eventual litígio.

A propósito, leia-se decisão do Pretório Excelso:

> EMENTA: (...) O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - **A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal**. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito

> afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - **O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional**. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. (...) (MS 23452, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ de 12/05/2000). (Grifei).

Como decorrência lógica da teoria tripartite, exsurge o princípio da indelegabilidade de funções. Segundo ele, o poder estatal somente poderá exercer a atribuição do outro se expressamente autorizado pela Constituição ou quando o Constituinte primogênito delegar a determinação da função. Na primeira hipótese, dá-se a existência de funções atípicas; na segunda, a delegação propriamente dita, podendo ser citado, como exemplo, a lei delegada, elaborada pelo Presidente da República, mediante autorização expressa do Congresso Nacional.

A indelegabilidade, por óbvio, é a regra e, ante a ausência de previsão magna, vedado está ao Poder Executivo julgar seus agentes públicos – aí incluídos os militares. Daí que o processo, nesta Corte Castrense, não pode ser meramente administrativo, e sim judicial de natureza administrativa, sob pena de ofensa à separação dos poderes e à indelegabilidade de funções típicas.

Para além, o julgamento neste Tribunal, em nenhuma hipótese, poderia ser considerado atributo atípico do Poder Judiciário, por encerrar *numerus clausus* previstos no art. 96, inciso I, da Constituição. São eles: o legislativo (elaboração do regimento interno dos tribunais) e o executivo (concessão de férias, afastamentos, licenças aos magistrados etc.), nunca judicante, em razão

da inafastabilidade da jurisdição. Dito de outro modo, ao Judiciário vedado está o exercício da função jurisdicional atípica conferida ao Executivo (aquela atribuição de julgar os processos e os recursos administrativos), faceta da interpenetração das funções estatais, mas que não exclui posterior pronunciamento da magistratura.

Por decorrência, a natureza do processo, mesmo o administrativo, reclama seja o feito judicial, sob pena de conspurcar o dogma da separação dos poderes.

Consequentemente, intentada a ação, hão de ser observados todos os pressupostos norteadores do processo, entre os quais estão os requisitos de validade subjetivos concernentes à capacidade postulatória e à capacidade de estar em juízo.

Acerca do primeiro, leia-se excerto doutrinário de Ada Pellegrini Grinover[89]:

> A doutrina falava inicialmente em requisitos sem os quais não chega sequer a construir-se a própria relação processual (sem cogitar de sua validade). Depois evoluiu para a ideia de que não se trata de constatação de pura existência da relação processual, mas da regularidade desta perante o direito: sem os pressupostos ela pode nascer, mas será inválida (...).
>
> Assim sendo, são pressupostos processuais: a) uma demanda regularmente formulada (CPC, art. 2º; CPP, art. 24); b) **a capacidade de quem a formula**; c) a investidura do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz. A doutrina mais autorizada sintetiza esses requisitos nesta fórmula: uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, **por uma entidade capaz de ser parte em juízo**.
>
> A exposição acima corresponde à tendência mais restritiva entre as que a doutrina apresenta sobre os pressupostos processuais. Mas há, inclusive na doutrina brasileira, uma tendência oposta, ou seja, no sentido de ampliar demasiadamente o elenco dos pressupostos. Segundo essa tendência, eles se classificariam em: I - objetivos; II - subjetivos. (...) Os subjetivos seriam: a) referentes ao juiz (...); b) referentes às partes (capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo, **capacidade postulatória**).
>
> Os pressupostos processuais inserem-se entre os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional. Uma sentença de mérito só poderá ser proferida (não importando ainda se favorável ou desfavorável) se estiverem presentes esses requisitos gerais. (grifei).

[89] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 321-322.

Sobre a temática, explicita Fredie Didier:

> Por fim, o último "pressuposto processual" relacionado às partes: a capacidade postulatória ou postulacional (*ius postulandi*).
>
> (...)
>
> Alguns atos processuais, porém, além da capacidade processual, exigem do sujeito uma capacidade técnica, sem a qual não é possível a sua realização válida. É como se a capacidade, requisito indispensável à prática dos atos jurídicos, fosse bipartida: a) capacidade processual; b) capacidade técnica. A essa capacidade técnica dá-se o nome de capacidade postulatória. Frise-se: há atos processuais que não exigem a capacidade técnica, (por exemplo, o ato de testemunhar e o ato de indicar bens à penhora); a capacidade postulatória somente é exigida para a prática de alguns atos processuais, os postulatórios (pelos quais se solicita do Estado-juiz alguma providência).
>
> A capacidade postulacional abrange a capacidade de pedir e de responder. Têm-na os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, os defensores públicos e os membros do Ministério Público e, em alguns casos, as próprias pessoas não-advogadas, como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis (causas inferiores a vinte salários-mínimos), das causas trabalhistas e do habeas corpus.
>
> (...)
>
> As pessoas não advogadas precisam, portanto, integrar a sua incapacidade postulatória, nomeando um representante judicial: o advogado.
>
> (...)
>
> Em suma, a falta de capacidade postulatória é caso de nulidade do ato. O caso é regulado pelo art. 4º do EOAB: "São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoa não inserida na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas. O caso é de invalidade, pois ser advogado é requisito para a prática do ato – todo requisito de validade é um dado que tem de ser coevo à formação do ato jurídico para que ele possa produzir os efeitos pretendidos.
>
> A falta de capacidade postulatória do autor implica extinção do processo se não for sanada (...).[90]

Nem se diga que o art. 13 da Lei do Conselho de Justificação excepcionou a regra, tal como nas hipóteses dos Juizados Especiais Cíveis ou do próprio *habeas corpus*, nos quais resta dispensado o exercício do *jus postulandi* por intermédio de advogado. Em nenhum momento, a lei prevê que o Comandante da Força tenha capacidade postulatória perante o STM, apenas dispõe que acatará, ou não, o julgamento pelo Conselho, por meio de despacho que encerra a fase administrativa.

---

[90] DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. v. 1. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 335- 336.

Ademais, relevante mencionar que as partes no bojo do processo devem praticar atos processuais e, para tanto, necessitam ostentar *legitimatio ad processum*. A incapacidade das pessoas físicas é solucionada pelos institutos da representação e da assistência; e a das pessoas jurídicas, por sua vez, pelos institutos da representação e da presentação.

Agregue-se a inovação da *ratio* inscrita no art. 131 da Constituição Federal promulgada em 1988, da qual se extrai caber à Advocacia-Geral da União representar a União judicial ou extrajudicialmente. Concretizando o dispositivo, estatui a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 – a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – *in verbis*:

> Art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.
>
> Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Nas palavras de Luiz Fux[91], *in verbis*:

> A advocacia pública demonstra a necessidade de o Estado *lato sensu* ter seu direito de defesa respeitado em juízo, a partir da capacidade postulatória de seu respectivo procurador, seja no âmbito da União, dos estados ou dos municípios.

No tocante às pessoas jurídicas de direito público, também dispõe o art. 75 do novo Código de Processo Civil:

> Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
>
> I - a União, pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou mediante órgão vinculado;
>
> II - o Estado e o Distrito Federal, por seus procuradores;
>
> III - o Município, por seu prefeito ou procurador;
>
> IV - a autarquia e a fundação de direito público, por quem a lei do ente federado designar; (...).

Sem embargo de a Constituição e o Códex Processual terem utilizado a expressão "representa" e "representados", a doutrina é praticamente unânime em acolher diferenciação realizada por Pontes de Miranda no sentido de que, quando a parte estiver em juízo, por meio de seu órgão, inexistirá propriamente representação, e, sim, **presentação**. Sendo assim, a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, a autarquia e a fundação pública serão presentados em juízo pelas pessoas indicadas no dispositivo.

---

[91] FUX, Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 264.

A União, então, é presentada pela Advocacia-Geral da União, e, somente diante da presentação, adquirirá a capacidade de estar em juízo e praticar atos processuais, do contrário, ausente estará o pressuposto de validade do processo.

Não bastasse, o art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72 prevê, ainda, a remessa dos autos a este Tribunal. Ora, a mera **remessa** nem de longe assemelha-se à petição inicial.

Saliento que, se apta, é ela requisito objetivo intrínseco de validade[92] processual. Isso porque, sendo o ato inaugural da relação jurídica instrumental, a exordial deve preencher requisitos formais imprescindíveis ao ato de demandar. Inobservados, é causa de inépcia, a teor do art. 330 do NCPC.

Note-se que as partes, o pedido e a causa de pedir caracterizam os elementos da ação. É exigência do art. 319, incisos III e IV, do CPC a indicação, na petição inicial, dos fundamentos jurídicos do pedido e do pedido com as suas especificações, sem o que inábil juridicamente a peça pórtico devido à ausência de limites objetivos ao processo, situação flagrantemente prejudicial ao direito de defesa da parte contrária.

In casu, sequer se encontra presente, nos autos, petição inicial. Ao Libelo Acusatório iniciado na fase administrativa não se lhe pode emprestar o caráter de peça inaugural da fase judicial, até porque, como visto, a acusação, no âmbito administrativo, fora firmada pelos membros do Conselho que, por igual, não dispõem de capacidade postulacional.

Em última análise, sequer se está a tratar de desrespeito ao pressuposto processual de validade da petição inicial apta; é mais grave: se inexistente a inicial, inexistente a própria demanda, por ser ela requisito de existência. Carente a provocação do legítimo interessado por meio do ato de demandar, não há processo.

Nesse ponto, assevera Fredie Didier[93]:

> O terceiro pressuposto processual é a existência de demanda, que nesse caso deve ser compreendida como continente (o ato de pedir) e não como conteúdo (aquilo que se pede).
>
> O ato de pedir é necessário para a instauração do processo – é o seu fato jurídico. Ao dirigir-se ao Poder Judiciário, o autor dá origem ao processo (art. 312 do CPC); a sua demanda delimita a prestação

[92] DIDIER Jr., Fredie. *Op. cit*. p. 342.
[93] DIDIER Jr., Fredie. *Idem*. p. 318.

> jurisdicional, que tem o pedido e a causa de pedir como os elementos do seu objeto litigioso. Se o ato inicial não trouxer pedido (art. 330, I, c/c § 1º, I, do CPC), o caso é de extinção do processo por inadmissibilidade do procedimento, em razão de defeito do ato inicial.

E leciona Daniel Amorim, *in verbis*[94]:

> (...) a jurisdição é inerte, somente se movimentando quando provocada pelo interessado. O direito de ação, essencialmente abstrato, é materializado pelo ato de demandar, que significa provocar a jurisdição por meio do processo. Nesse sentido, cabe ao interessado demandar, e, sendo o direito de ação um direito disponível, independentemente da natureza jurídica do direito material que fundamentará a pretensão do autor, é indispensável que esse ato de provocação seja realizado pelo sujeito que afirma ser titular de um direito material violado ou ameaçado.
>
> A relação jurídica processual começa de forma linear, envolvendo o demandante e o juiz, complementando-se com a citação válida do réu, mas tudo isso dependerá num primeiro momento da existência da demanda. Trata-se, portanto, de pressuposto processual de existência do processo, porque sem a provocação do interessado por meio do ato de demandar a relação jurídica processual de direito processual nem mesmo chegará a existir.

Por tudo isso, para a instauração da lide nesta ou em qualquer outra Corte judicial, a União deve obrigatoriamente oferecer a peça pórtico e ser presentada por quem de direito: a Advocacia-Geral da União.

Para facilitar o raciocínio, pondere-se a seguinte situação: um soldado buscando a reintegração judicial na Força perante a Justiça Federal ordinária, por meio da anulação do ato administrativo de licenciamento. Por óbvio, a demanda terá como parte ré a União.

In specie, dá-se o inverso. Aqui, a União é a parte autora, e não pode demitir oficial por ato administrativo puro e simples; há de fazê-lo judicialmente, por intermédio de decisão do tribunal militar de caráter permanente: o STM.

Por se tratar de situação excepcional, vários são os entendimentos sobre o caráter híbrido ou *sui generis* do processo oriundo do Conselho de Justificação. Sem embargo, nenhum deles autoriza violações ao princípio da tripartição dos poderes, aos direitos e às garantias fundamentais, tampouco a negativa de vigência da LC 73/1993. Mister coadunar a Lei nº 5.836/72 à

---

[94] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 111.

positividade vigente no ordenamento jurídico nacional, e não dar a ela exegese isolada da normatividade pátria; pior, vulneradora da Constituição Federal.

Afinal, nada impede que o hermeneuta assim proceda, à vista de o próprio art. 17 da mencionada Lei prescrever aplicar-se "subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar", e este, por seu turno (art. 3º, alínea "e", do CPPM), admitir a analogia nos casos omissos, a justificar o socorro do Código de Processo Civil.

Compreensão diversa afronta flagrantemente a missão e o papel constitucional da AGU, a igualdade entre os litigantes, a imparcialidade do magistrado e o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto a estes últimos, releva frisar que, a despeito de na fase administrativa ser assegurado ao militar a produção probatória; no âmbito desta Corte Castrense, tem-se por subtraída qualquer possibilidade de produção de provas, inclusive a oitiva do sujeito em Juízo, em total afronta ao postulado do devido processo legal.

A propósito, assevera Ronaldo João Roth[95]:

> Na fase judicial os autos seguem ao Judiciário (STM), onde é aberto vista ao justificante para simples manifestação por escrito em sua defesa (art. 15). Logo, a despeito da lei não permitir ao justificante a produção de provas (oral, documental, perícias ou diligências), em inequívoca violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o Judiciário julga a matéria disciplinar, sem processo, ao arrepio da CF.
>
> Nesse passo, a lei do CJ impõe ao Poder Judiciário julgar matéria cuja prova foi produzida no âmbito administrativo (Executivo) e não perante o Juiz natural (Judiciário). A situação é incompatível e insustentável, vilipendiando princípios (art. 2º), direitos e garantias fundamentais da CF (art. 5º, LIII, LV).

Tal como colocado, imperiosa a interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante, ao remeter os autos ao STM, faça-o por intermédio da Advocacia-Geral da União, presentante legal da União, que deverá ajuizar corretamente a ação para perda de posto e patente do oficial com base no Conselho de Justificação, observando-se os arts. 319 e 320 do CPC.

Ante o exposto, votei vencida para dar interpretação conforme ao art. 13, inciso V, da Lei nº 5.836/72, para que o Comandante do Exército, ao remeter os autos ao STM, seja presentado pela Advocacia-Geral da União e, em

[95] ROTH, Ronaldo João. A Incompatibilidade da Lei do Conselho de Justificação (Lei Federal nº 5.836/72) diante da Constituição Federal. *Jus Militaris*.

consequência, julgar extinto o presente Conselho sem resolução de mérito, nos termos do art. 3º, alínea "d", do CPPM, c/c o art. 485, inciso IV, do novo CPC, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Superior Tribunal Militar, 15 de abril de 2021.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7000005-75.2021.7.00.0000

Relator: Min. Alte Esq Leonardo Puntel.

Impetrante: Ministério Público Militar.

Impetrado: Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM – Justiça Militar da União – Bagé.

Interessado: José Matheus Rodrigues Pires.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. MPM. REPRESENTAÇÃO. AUTORIDADE POLICIAL. CONDUÇÃO COERCITIVA. PERÍCIA MÉDICA. INVESTIGADO. PRELIMINAR. DPU. NÃO CONHECIMENTO DO *MANDAMUS*. MATÉRIA DE MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. MÉRITO. *PARQUET* MILITAR. LEGITIMIDADE. INVESTIGAÇÃO. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. MATÉRIA CRIMINAL. USO DO REMÉDIO HEROICO. NATUREZA RESIDUAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. POSSIBILIDADE. OUTROS MEIOS DE PROVA. PROVA EMPRESTADA. PROVA INDIRETA. ORDEM DENEGADA. UNANIMIDADE.

Quando a matéria arguida em preliminar estiver imbricada com o mérito da ação, faz-se de bom alvitre que não seja conhecida como preliminar, nos termos do art. 81, § 3º, do Regimento Interno do STM. Preliminar não conhecida por unanimidade.

O instituto do mandado de segurança é garantia constitucional de longeva tradição, assegurado no art. 5º, inc. LXIX, intimamente ligado à garantia da acessibilidade à Justiça (art. 5º, inc. XXXV).

A legitimação do Ministério Público Militar, para fazer uso de mandado de segurança para buscar meios de provas, decorre diretamente da sua precípua missão de buscar elementos probatórios para subsidiar a sua atuação persecutória. Isso porque, se ao *Parquet* compete, por determinação constitucional expressa, "[...] promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei", por decorrência implícita, também lhe cabe promover as investigações. Precedentes do STF.

É assente o entendimento de que o mandado de segurança, em matéria criminal, tem natureza residual. Terá cabimento quando a decisão inquinada não for passível de recurso ou de correição, nos termos da Súmula nº 267 do STF, posteriormente convertida para o texto do art. 5º, inciso II, da Lei do Mandado de Segurança.

Denotar-se-ão preenchidos os requisitos direito líquido e certo, segundo a possibilidade de o Acusado estar exponencializando o grau de patologia que possui, em decorrência do acidente que sofreu quando prestava o serviço militar obrigatório (SMO), na medida em que é missão precípua do Ministério Público Militar buscar elementos de prova para formação de sua *opinio delicti*.

O princípio *nemo tenetur se detegere* não protege apenas o direito de o acusado não depor contra si mesmo, mas também o de sujeitar a quaisquer diligências que necessitam de comportamento proativo.

A condução coercitiva, embora não listada no rol das medidas cautelares diversas da prisão, também funciona como medida cautelar de coação pessoal, e deve estar em consonância com os parâmetros constitucionais vigentes, a cumprir a função que a legitime perante o Ordenamento Jurídico.

Não se mostra razoável conceder medida mandamental tão somente para que o Indiciado/Acusado seja compelido a ser conduzido "a força" ao local da perícia, para lá poder se manter inerte.

Prevalece na jurisprudência o entendimento que admite o uso da prova emprestada, mesmo em relação aos processos com partes distintas, desde que seja respeitado o contraditório.

Não se denota possível o uso de medidas desproporcionais quando o Estado-Acusação puder fazer uso de eventuais provas emprestadas carreadas em ação cível, provas médicas indiretas, além de outras que entender convenientes.

Ordem conhecida e denegada por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Edmar Jorge de Almeida, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, não conheceu da preliminar defensiva, de não conhecimento do Mandado de Segurança. No mérito, **por unanimidade**, denegou a segurança, por falta de amparo legal, nos termos do voto do Relator Ministro Leonardo Puntel.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 21/5/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Ministério Público Militar, contra decisão do Juiz Federal Substituto da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 10/12/2020, que:

> (…) nos autos no Inquérito Policial Militar nº 7000064-86.2020.7.03.0203, decidiu indeferir "a representação da Autoridade Policial de Evento 60, Documento 02, em que postulava a condução coercitiva do investigado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES para realização de perícia médica" (evento 4).

Em suas extensas razões, o *Parquet* alega que foi instaurado, na 2ª Auditoria da 3ª CJM, Inquérito Policial Militar com a finalidade de apurar "(…) se o estilo de vida do militar JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES é compatível com a moléstia que alega possuir em ação proposta perante a Justiça Federal".

Argumenta que, com base em laudo médico pericial, *in verbis*:

> (…) desde 08/11/2019, foi deferida pela Justiça Federal a tutela de urgência pleiteada "para determinar a reintegração do autor às fileiras do Exército, para fins de tratamento de saúde (fisioterapia) e percepção de remuneração (…)".

Afirma que, *in verbis*:

> (…) há nos autos do IPM nº 7000064-86.2020.7.03.0203 elementos de informação que fragilizam a conclusão de que o Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES teria perda do movimento inferior esquerdo, limitação das funções cognitivas e falta de controle dos esfíncteres, sequelas que levaram o perito judicial, Dr. Carlos Rippa Maltz, CRM RS 13.769, a concluir que (...) não pode trabalhar e executar tarefas atinentes à atividade civil, sendo inválido, e que necessita de

> auxílios de terceiros, quando afirmou, em reposta ao quinto quesito formulado pela parte ré (União), conforme consta no Laudo acostado ao Evento 3, Doc. 4, que "O autor está incapacitado para a vida civil e necessita de auxílio de terceiros".

Defende que "(...) Os indícios coletados no presente IPM são no sentido que o Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES, intencionalmente, exponencializou o grau da patologia que possui". Para tanto, apresenta supostas imagens fotográficas do Militar "(…) em cima de um cavalo e portando um instrumento musical (tarol), o qual foi visto por testemunha sendo tocado pelo militar durante o carnaval do ano de 2020 (...)".

Prossegue arguindo que a "(...) autoridade de polícia judiciária militar inquiriu diversas testemunhas" e, colacionando trechos dos depoimentos realizados, afirma que "(…) facilmente se observa pelos depoimentos acima transcritos, corroborados pelas fotografias e vídeo acostadas aos autos do IPM nº 7000064-86.2020.7.03.0203, o grau de limitação demonstrada pelo Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES não é compatível com a conclusão do perito judicial (…), que "(...) O autor está incapacitado para a vida civil e necessita de auxílio de terceiros".

Aduz que, em depoimento prestado pelo perito judicial Dr. Carlos Rippa Maltz, CRM/RS 13.769, este afirmou que, *in verbis*:

> (…) é inegável que o Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES possui a patologia, que a mesma é irreversível e permanente, mas que há dúvidas em relação ao grau da doença, pois o vídeo que lhe foi apresentado do militar tocando tarol não é compatível com os achados que observou quando da realização do laudo. Quanto às inúmeras fotografias acostadas aos autos, por serem imagens estáticas e não dinâmicas, o perito relatou que não pode ter certeza da (in)compatibilidade (...).

Assim, o Membro do Ministério Público Militar defende que, *in verbis*:

> (…) resta evidente a necessidade de serem esclarecidas as inconsistências observadas no presente IPM com a conclusão pericial "O autor está incapacitado para a vida civil e necessita de auxílio de terceiros", pois a mesma tem reflexos diretos nos proventos a serem recebidos pelo Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES no caso de eventual reforma.

Aduz que requisitou que o Militar fosse submetido à perícia médica, e que, *in verbis*:

> (…) a autoridade de polícia judiciária militar, em razão do não comparecimento do Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES para a perícia aprazada, representou ao Juízo pela "autorização para condução coercitiva do indiciado para fins periciais, condicionado a viabilidade do Hospital Militar de área de Porto Alegre".

Prossegue arguindo que se manifestou pelo provimento da condução coercitiva do Sd, mas que "(...) A representação da autoridade de polícia judiciária foi indeferida pelo Juízo (Evento 1), ato que reputa-se ilegal e abusivo".

Argumenta que "(…) sem que a perícia requisitada seja realizada, dificulta ou até mesmo impossibilita a formação correta da *opinio delicti*".

Ao final, requer seja deferida, *in verbis:*

> (…) liminarmente e *inaudita altera pars*, a suspensão do Inquérito Policial Militar nº 7000064-86.2020.7.03.0203, caso a perícia não seja realizada pelo não comparecimento do Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES, à exceção de eventuais diligências requisitadas pelo *Parquet*.

No mérito, requer seja concedida, *in verbis*:

> (…) a segurança a fim de permitir à autoridade de polícia judiciária militar que conduza coercitivamente o Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES à perícia, caso o mesmo, devidamente notificado, não compareça ao ato.

Em 14/1/2021, o então Ministro Vice-Presidente desta Corte Castrense, Ministro Dr. JOSÉ BARROSO FILHO, solicitou, quando no exercício da Presidência, informações ao Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM, deixando para apreciar o pleito liminar somente após a chegada das referidas informações (evento 8). Essas foram apresentadas no dia 20 subsequente, nos seguintes termos (evento 11), *in verbis*:

> Excelentíssimo Senhor Ministro,
>
> (…)
>
> Tramita neste Juízo o Inquérito Policial Militar nº 7000064-86. 2020.7.03.0203, instaurado em desfavor do ora Paciente pelo Comando da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, Organização Militar sediada em Pelotas/RS, atendendo requisição do Ministério Público Militar.
>
> **Conforme consta dos autos, havia relatos que o Soldado JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES, reintegrado por decisão liminar pela Justiça Federal nos autos da Ação Ordinária nº 5011412-68.2018. 4.04.7110/RS, apresentava estilo de vida incompatível com as limitações físicas que ensejaram a sua incapacidade.**
>
> No curso das investigações, em 28 de outubro de 2020, a Autoridade Policial Militar **representou pela condução coercitiva do investigado, ora Paciente, para que este fosse submetido à perícia médica não invasiva.**
>
> Com vista da representação, o *Parquet* Militar manifestou-se de forma favorável ao deferimento da medida, aduzindo que "na hipótese dos autos, deve sim ser admitida a possibilidade de condução coercitiva do investigado para realização de exame médico pericial, oportunidade

> em que **não poderá ser exigido do investigado nenhum comportamento ativo**"; ao passo que a Defesa manifestou-se de forma desfavorável ao pleito.
>
> **Em 10 de dezembro de 2020**, **o Exmo. Sr. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar**, no exercício da titularidade (já que este Magistrado estava em gozo de férias regulamentares), **proferiu decisão desfavorável à concessão da medida, fundamentando o *decisum*, em suma, na prevalência do princípio da não autoincriminação** (*nemo tenetur se detegere*).
>
> Além disso, o julgador ressaltou que, caso a medida fosse deferida nos termos sugeridos pelo MPM (exame realizado sem que se exigisse qualquer comportamento ativo do investigado), a medida seria totalmente inútil do ponto de vista prático, pois bastaria o periciando deixar de atender um pedido simples do perito, tal como o comando de levantar os braços, para que a conclusão da perícia ficasse prejudicada.
>
> Por fim, o Magistrado asseverou que, na hipótese de nova designação de data para perícia, deveria a Autoridade Militar notificar com antecedência o investigado de forma a possibilitar o seu comparecimento voluntário sem maiores transtornos ou prejuízos as suas atividades cotidianas, sendo facultado o seu acompanhamento por assistente técnico que deverá ser indicado pela Defesa previamente.
>
> **Atualmente, o feito encontra-se aguardando os trabalhos de investigação desenvolvidos pela Autoridade de Polícia Judiciária Militar.**
>
> Sendo o que tínhamos para informar, este Juízo coloca-se à disposição de Vossa Excelência para outros esclarecimentos que porventura sejam necessários, estando a integralidade do feito disponível para consulta no sistema e-Proc/JMU (evento 11) (Destaque nosso).

No dia 21/1/2021, o então Ministro-Presidente do STM, Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, não tendo verificado a presença dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, indeferiu a liminar pleiteada.

Em parecer da lavra do Dr. Edmar Jorge de Almeida, Vice-Presidente do Conselho Superior do MPM, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM) opina pela denegação da ordem por falta de amparo legal. No seu entendimento, *in verbis*:

> (...) Malgrado as robustas ponderações expendidas pelo nobre Impetrante, entendemos que a condução coercitiva do investigado para a realização de exame pericial encontra óbice no princípio da vedação à autoincriminação. Ainda que se possa cogitar de exame não invasivo, pensamos que a desconstrução das dúvidas que pendem sobre o grau de limitação física do investigado não pode ser alcançada sem um comportamento ativo do periciando, ainda que mínimo. (...)

Aportados os autos no meu Gabinete em 3/2/2021, proferi despacho, determinando a citação do Indiciado para ingressar no feito na qualidade de litisconsorte passivo, nos termos da Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal[96], e do art. 99, inciso III, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM)[97]. No mesmo despacho, determinei que a AGU fosse cientificada, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009[98] e do art. 99, inciso II, do RISTM[99].

No dia 19/3/2021, a Secretaria Judiciária (SEJUD) certificou que: "embora citado (evento 31), JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES não se manifestou no prazo de 10 (dez) dias (...)".

A União, apesar de devidamente cientificada (evento 24), não se manifestou no presente feito.

Em 25/3/2021, proferi despacho, determinando o encaminhamento dos autos para a Defensoria Pública da União (DPU), em homenagem aos primados da ampla defesa e do contraditório.

A Defensoria Pública da União, no dia 6/4/2021, atuando em defesa do Indiciado, peticionou rogando para que sequer fosse conhecido o presente *mandamus*, "haja vista a ausência da possibilidade jurídica do pedido". Todavia, em caso de conhecimento, que o pleito fosse inadmitido na integralidade. No seu arrazoado, a DPU consignou que, *in verbis*:

> (...) Sem razão o MPM em seu inconformismo haja vista que o indiciado não é mais, como antigamente, reduzido a mero objeto probatório, mas passou a ser sujeito de direitos, dos quais se encontra o direito a não incriminação, plenamente oponível ao Estado.
>
> Com efeito, obrigar o indiciado a ser submetido a prova em seu desfavor é atuar o órgão ministerial sem o mínimo de plausibilidade jurídica e/ou possibilidade jurídica do pedido, haja vista que o ordenamento constitucional pátrio veda a auto incriminação (...).

---

[96] **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.

[97] **Art. 99**. Distribuída a petição, o relator ordenará:
(...)
III - a citação do réu, como litisconsorte passivo, no Mandado de Segurança, em matéria criminal impetrado pelo Ministério Público Militar.

[98] **Art. 7º** Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
(...)
II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

[99] (...)
II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, por via eletrônica ou pelo envio de peças;

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA SUSCITADA PELA DPU

A Defensoria Pública da União (DPU), atuando em defesa do Acusado Sd Ex JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES, rogou para que o pedido constante deste *mandamus* sequer fosse conhecido ante a ausência de possibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o Ordenamento Constitucional pátrio veda a autoincriminação.

No entanto, razão não assiste à DPU, seja porque a pretensão deduzida em juízo não é vedada pelo Ordenamento Jurídico, seja porque o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional confere ao Estado-Juiz o dever-poder de submeter ao exame do Judiciário os atos que forem praticados no âmbito das investigações preliminares criminais.

Com efeito, a discussão jurídica principal acerca da representação formulada pela autoridade de polícia judiciária militar diz respeito à circunstância da condução coercitiva para realização de perícia médica violar ou não o princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Portanto, na medida em que a Defesa apresenta argumentos contrários às teses apresentadas pelo Órgão Acusatório, e, quando este aduz que o direito líquido e certo está colmatado, porque está a cumprir o seu mister constitucional de buscar elementos produzidos durante o inquérito policial militar, há de se depreender que a matéria em análise está imbricada com o próprio mérito da ação mandamental, de maneira que não deve ser conhecida como preliminar, nos termos do art. 81, § 3º, do Regimento Interno do STM.

Ante o exposto, **não conheço da preliminar** defensiva de não conhecimento do Mandado de Segurança.

MÉRITO

Os requisitos de admissibilidade estão preenchidos, razão pela qual o presente *mandamus* merece ser conhecido.

O instituto do mandado de segurança é garantia constitucional de longeva tradição, assegurado no art. 5º, inc. LXIX, intimamente ligado à garantia da acessibilidade à Justiça (art. 5º, inc. XXXV).

A legitimação do Ministério Público Militar, no presente caso, decorre diretamente da sua precípua missão de buscar elementos de prova para

subsidiar a sua atuação persecutória. Isso porque, se ao Parquet compete, por determinação constitucional expressa, "[...] promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei"[100], entendeu o STF que, por decorrência implícita, também lhe cabe promover as investigações, ainda que haja previsão expressa na Constituição Federal no sentido de que à polícia judiciária cabe a investigação das infrações penais.

Entre os diversos julgados acerca do tema, merece destaque o HC 85.419/RJ, da lavra do Min. Celso de Melo, que tratou detidamente do assunto, e, com o raciocínio que lhe é peculiar, indicou que a Constituição determinou diversos deveres institucionais ao Ministério Público, de modo que haviam de ser garantidos os meios para o seu exercício, *in verbis*:

> A Constituição da República conferiu, assim, uma posição de inquestionável importância ao Ministério Público. Deferiu-lhe, em consequência, os meios necessários à plena realização de suas finalidades jurídico-institucionais [...] Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII, IX, da Lei Fundamental da República supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público.

Nessa senda, segundo a teoria dos poderes implícitos proveniente do direito norte-americano, a partir do famoso caso *McCulloch* vs. *Maryland* (1819), a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que, se a Constituição atribuiu a determinado órgão uma atividade-fim, parte-se da compreensão de que também conferiu, implicitamente, todos os meios e poderes necessários para a consecução dessa atribuição ou atividade.

É assente o entendimento de que o mandado de segurança em matéria criminal tem natureza residual. Terá cabimento quando a decisão inquinada não for passível de recurso ou de correição, nos termos da Súmula 267 do STF, posteriormente convertida para o texto do art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança).

Assim, em não havendo recurso cabível e apto a combater a decisão judicial que indeferiu a representação da autoridade de polícia judiciária militar, a qual buscava dar cumprimento ao pleito ministerial de submeter o Indiciado à perícia (Evento 1), faz-se premente o uso do *writ of mandamus*.

A correição parcial, prevista no art. 498 do CPPM, não é medida cabível, porquanto a decisão inquinada não se constitui em *erro in procedendo*,

---

[100] Art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

mormente porque não houve ato tumultuário, erro ou omissão inescusável por parte do Juiz Federal da Justiça Militar da União, prolator da decisão.

Também não se denota possível o manejo do recurso em sentido estrito, visto que não há previsão expressa no seu rol *numerus clausus* constante do art. 516 do CPPM.

A propósito, a alínea "g", que estabelece caber recurso em sentido estrito de decisão que "julgar improcedente o corpo de delito ou outros exames" não é aplicável ao caso. A uma, porque não cabe ao juiz julgar procedente ou improcedente um exame pericial; pode o magistrado acolher o resultado da perícia ou determinar a realização de outro laudo. A duas, porque o julgador somente avaliará o conteúdo desse laudo por ocasião da sentença[101]. Assim, pode-se depreender que o cabimento do recurso em sentido estrito para esta hipótese: *decisão de improcedência de exame ou perícia* deve ser entendido como rejeição de laudo lavrado pelos peritos, ou de improcedência de laudo decorrente de exame de sanidade mental.

Ademais, esta Corte já se manifestou acerca de situação na qual houve indeferimento de pedido de realização de exame pericial, com enfoque na impossibilidade de o recurso ser manejado com suporte na alínea "g" do art. 516 do CPPM, *in verbis*:

> EMENTA: Recurso Criminal. Exame de sanidade mental. A alínea "g" do art. 516 do CPPM comtempla a rejeição, pelo Juiz, de laudo de exame ou de perícia, não sendo o caso dos autos, pois não existe laudo. **A enumeração desse artigo do CPPM é taxativa, não comportando hipótese de Recurso contra Decisão indeferitória de pedido formulado pelas partes para realização de exame de sanidade mental. Aproveitar a hipótese em caso de indeferimento de pedido de exame é desvirtuar a intenção do legislador**.
>
> Preliminar de não conhecimento acolhida. Decisão unânime.
>
> (STM. Recurso em Sentido Estrito nº 2002.01.006953-0. Relator: DOMINGOS ALFREDO SILVA. Julgamento: 9/5/2002). (Grifo nosso).

Em relação aos demais requisitos, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Lei do Mandado de Segurança exigem que o mérito da ação constitucional trate de direito líquido e certo. A rigor, não é o direito que tem de ser líquido e certo, mas os fatos que o amparam. O direito pode, portanto, ser incerto, mas não os fatos que o constituem, que devem ser certos e incontroversos, isto é, comprovados documentalmente já no ato da impetração, não se admitindo dilação probatória. Em última análise, direito

---

[101] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 552.

líquido e certo é o direito que deve ser comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança.

Nesse conspecto, a possibilidade de o Acusado estar exponencializando o grau de patologia que possui, em decorrência do acidente que sofreu quando prestava o serviço militar obrigatório (SMO), é objeto da persecução penal, sendo missão precípua do *Parquet* buscar elementos de prova para subsidiar a sua atuação persecutória, que, à sua óptica, foi obstada por ato ilegal de autoridade, passível de ser corrigido pelo remédio indicado na Carta Cidadã.

Passada a fase de conhecimento, faz-se premente trazer breve digressão para melhor descortino da *quaestio*.

O agora Indiciado, Sd Ex JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES, ingressou nos quadros do Exército Brasileiro em janeiro de 2015, em razão do Serviço Militar Obrigatório, tendo sido lotado na Companhia de Comando da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada e, em seguida, designado para apoio à manutenção de Colônia de Férias da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, localizada no município do Cassino/RS.

Ato contínuo, no dia 15/10/2015, o Indiciado sofrera acidente que o incapacitara para atividade militar, tendo o fato ocorrido no Arroio das Cabeças, na Vila da Quinta, em Rio Grande/RS.

Nas inspeções de saúde às quais foi submetido o Indiciado, realizadas nas datas de 29/1/2016, 3/5/2016, 27/9/2016, 19/6/2017 e 18/9/2017, ele foi classificado como "incapaz B2", sinalizando a existência de incapacidade para as atividades militares e civis, porém, de natureza temporária, cuja recuperação exigiria um prazo maior de tratamento (mais de um ano).

Após sucessivas dispensas médicas e longo período de tratamento, em torno de 2 (dois) anos, na data de 29/12/2017, em inspeção de saúde realizada com o fito de verificar a reconquista da capacidade laborativa do Indiciado, o médico Perito 1º Ten PAULO RICARDO PRATES PORTO JUNIOR, na sessão 206/2017, ata de inspeção de saúde nº 597/2017, reconheceu a manutenção da incapacidade temporária, porém, exclusivamente para prestação do serviço militar, tendo sido retomada a aptidão para exercício de atividades civis.

Em vista disso, o Comandante da Companhia de Comando da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada houve por bem licenciar, "ex officio", das fileiras do Exército o Indiciado, a contar de 31/1/2018, uma vez superada a situação de inaptidão temporária para o exercício de atividades laborativas civis.

Ao Licenciado, agora Indiciado, no entanto, mesmo excluído do serviço ativo, foi garantido o direito ao encostamento à Companhia, unicamente para

fins de tratamento do problema de saúde que deu origem à incapacidade, até seu restabelecimento do quadro.

Por sua vez, inconformado com o licenciamento, o Sd Ex José Matheus Pires ajuizou Ação Ordinária, pretendendo concessão de tutela de urgência, a fim de continuar o tratamento de fisioterapia antes dispensado e sua reintegração à Força Terrestre como adido, com os direitos previstos no art. 50 do Estatuto dos Militares.

O feito foi distribuído à 2ª Vara Federal de Pelotas/RS, sob o nº 5011412-68.2018.4.04.7110, tendo aquele Juízo, em decisão datada do dia 8/11/2019, reconhecido, à vista da prova técnica pericial, existência de "paralisia irreversível e incapacitante", supostamente enquadrada na hipótese do art. 108, V, da Lei nº 6.880/80, tendo, assim, deferido o pedido de tutela de urgência para determinar a reintegração do agora Indiciado às fileiras do Exército, para fins de tratamento de saúde (fisioterapia) e de percepção de remuneração. No bojo da Decisão antecipatória de tutela de urgência, o juiz consignou que, *in verbis*:

> (...) Por outro lado, pouco importa para reconhecimento do direito à reforma por incapacidade prevista no inciso V da Lei 6.880/80, que o militar esteja também incapacitado para o exercício de atividades civis (o que aliás está, segundo apontado pelo laudo). Saliente-se, a condição de invalidez – incapacidade para qualquer atividade – somente é relevante nas reformas previstas nos incisos III, IV e V, para determinar como será calculada a remuneração, isto é, com base no soldo do grau hierárquico que ocupava (se não há incapacidade para atividade civil) ou imediatamente superior (se há incapacidade para a atividade civil).
>
> Vale dizer, uma vez demonstrado que possui **paralisia irreversível e incapacitante** que eclodiu ao tempo em que estava vinculado ao Exército, o requerente tem, *prima facie*, direito à reforma, mesmo que a lesão não tenha relação de causa e efeito com a atividade militar.
>
> De acordo com o laudo médico (evento 80) o autor apresenta fratura da coluna cervical, CID-S12.7, com lesão da medula espinhal CID-T91.3, aliado a um quadro de tetraparesia flácida, sendo realizada cirurgia com corpectomia C5 e artrodese C4-C5-C6, com sequela irreversível. (...) (Destaques no original).

No entanto, algum tempo após o deferimento da tutela, precisamente em janeiro de 2020, chegaram ao conhecimento da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada notícias de condutas praticadas pelo Sd EV José Matheus Pires, notadamente incompatíveis com a gravidade da lesão afirmada no bojo do processo. As notícias se fundaram em fotografias e em vídeo do Indiciado em condições contrárias ao seu estado de saúde que alegara possuir.

Ciente desses fatos, a Advocacia-Geral da União juntou ao processo cível diversas fotos, nas quais é possível identificar o Indiciado:

a) em 5/4/2016, completamente ereto, já segurava o cavalo com o braço esquerdo;

b) em 2016, montava o animal, segurando a rédea com a mão esquerda;

c) em julho e em setembro de 2018, novamente a cavalo, segurando a rédea justamente com o braço que afirma não movimentar;

d) em 1º/7/2019, aparece confortavelmente curvado, preparando alimento em evento social; e

e) em 20/9/2019, está na 'campanha', comemorando o 20 de setembro, a rigor.

Posteriormente, foi recebido o relato documental do Sr. PAULO RICARDO ULGUIM DA SILVA JUNIOR, no qual afirmou ter presenciado o Indiciado em atividades desportivas, cavalgando e, em 9/3/2020, o mesmo Sr. PAULO apresentou ao Comando imagens por ele registradas no dia 5 de março, nas quais se pode identificar o Sd Ex José Matheus Pires tocando instrumento musical (tarol) durante o ensaio do bloco "Burlesco Bafo da Onça", escola de samba localizada na cidade de Pelotas/RS.

Diante dessas circunstâncias, no intento de preservar o Interesse Público, a 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, no dia 6/3/2020, expediu o Ofício, endereçado ao Sr. Promotor de Justiça Militar Dr. SOEL ARPINI, a fim de consultá-lo quanto à prática de crime militar por parte do Sd José Matheus Pires.

Em resposta ao mencionado Ofício, no dia 13/5/2020, o nobre promotor expediu o Ofício nº 96/SEC/PJM/BG/RS/MPM, determinando, incontinente, a instauração de inquérito policial militar (IPM) para apurar o caso.

O Comandante da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, Gen Bda André Laranja Sá Corrêa, em 14/5/2020, diante da requisição do Ministério Público, instaurou IPM e designou o Maj Ricardo Motinha Lanzellotte como encarregado da investigação preliminar.

No dia 15/7/2020, o Indiciado constituiu advogado, Dr. FILIPE B. UARTHE, OAB/RS Nº 109.831.

No Relatório do IPM, o Encarregado, após diversas diligências empreendidas, em 27/7/2020, chegou à conclusão de que o Sd EV José Matheus Pires teria praticado crime militar, constante do art. 251 do CPM – estelionato. Concluiu também não haver necessidade de ser decretada a prisão preventiva do Indiciado.

Em seguida, o Comandante da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, também no dia 27/7/2020, em Solução do IPM, homologou as conclusões insertas no Relatório do IPM e determinou o encaminhamento dos autos ao Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM.

O Advogado constituído pelo Indiciado impetrou **habeas corpus**, contra ato supostamente ilegal do Comandante da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, Autoridade de Polícia Judiciária Militar que instaurou o IPM nº 7000064-86.2020.7.03.0203, com o intuito de verificar se o estilo de vida ostentado pelo Paciente é compatível com a enfermidade que lhe causou a incapacidade laboral.

Em sessão virtual, iniciada em 5/10/2020, com término no dia 8/10/2020, o Plenário do STM, por maioria, mantendo o indeferimento do pleito liminar, decidiu conhecer e **denegar a ordem de Habeas Corpus** por falta de amparo legal. Os Ministros MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (Relatora), JOSÉ COÊLHO FERREIRA, ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA e FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO conheciam e concediam a ordem para trancar o Inquérito Policial Militar nº 7000064-86.2020.7.03.0203, instaurado por meio da Portaria nº 4, de 14/5/2020, em desfavor de JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES. Formaram a corrente vencedora os Ministros LUIS CARLOS GOMES MATTOS, LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, JOSÉ BARROSO FILHO, ODILSON SAMPAIO BENZI, MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, CARLOS VUYK DE AQUINO, LEONARDO PUNTEL (Relator para o Acórdão) e CELSO LUIZ NAZARETH.

Com vistas dos autos, no dia 27/8/2020, o MPM, entre as diligências dispostas em sua manifestação, **solicitou que o Sd EV José Matheus Pires fosse submetido à perícia médica**. Em seguida, no dia 28/8/2020, o Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM proferiu despacho determinando à Autoridade de Polícia Judiciária Militar o cumprimento das diligências, com a resposta dos quesitos apresentados pelo MPM.

Posteriormente, no dia 20/10/2020, o Encarregado do IPM oficiou ao advogado do Indiciado, bem como ao Comandante da Companhia de Comando da 8ª Brigada de Infantaria Motorizada, informando acerca do agendamento do exame pericial no Sd EV José Matheus para o dia 27/10/2020, às 13h30, no Hospital Militar de Área de Porto Alegre - RS (HMAPA).

Na data aprazada para o exame, o Indiciado deixou de comparecer, por orientação do seu advogado.

Diante da ausência do Indiciado para realizar o exame pericial, **o Encarregado, em 28/10/2020, representou ao Juízo Militar pela autorização da condução coercitiva do Indiciado para realizar a perícia médica.**

Em seguida, o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, em 29/10/2020, concedeu vista às partes para se manifestarem acerca da representação da Autoridade Policial Judiciária Militar.

Após as devidas manifestações da Defesa e do MPM, o Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM, em 10/12/2020, **proferiu Decisão indeferindo a**

representação da Autoridade de Polícia Judiciária Militar, em que postulava a condução coercitiva do Indiciado para realização de perícia médica.

Ciente da Decisão, o presentante do *Parquet,* **no dia 10/1/2021, impetrou Mandado de Segurança, pugnando pela condução coercitiva do Indiciado para a realização de exame pericial.**

De plano, incumbe salientar que, muito embora o zeloso presentante do *Parquet* tenha tecido considerações sobre a denominada "**Operação Reformados**", como fundamento auxiliar para a impetração deste mandado de segurança, não há, nos autos do IPM, nenhuma indicação ou ilação a respeito da deflagração de eventual envolvimento do Indiciado Sd EV José Matheus em esquema criminoso de reformas ou de reintegrações obtidas fraudulentamente.

Como consabido, a ação mandamental não se confunde com processos cujos ritos sejam ordinários, ou seja, em que se faz possível a produção de todas as provas realizáveis à elucidação da controvérsia. Nessa via, não se trabalha com dúvidas, presunções ou ilações. Os fatos têm de ser precisos e incontroversos. A discussão, portanto, deve orbitar somente no campo da aplicação do direito ao caso concreto, tomando-se como parâmetro as provas pré-constituídas acostadas aos autos.

A discussão jurídica trazida no *mandamus* impetrado pelo membro do Ministério Público Militar cinge-se na hipótese de a condução coercitiva para realização de perícia médica violar ou não o princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Em uma tradução literal, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir.

Durante o período Iluminista que o princípio aqui tratado se firmou, inspirado especialmente pelas obras de Montesquieu, Cesare Beccaria e Pietro Verri, o acusado deixou de ser visto exclusivamente como objeto de provas. De acordo com os iluministas, a autoincriminação era antinatural e os meios utilizados para forçar uma confissão, imoral.

Atualmente, o princípio *nemo tenetur se detegere* é expresso, no direito angloamericano, pelo *privilege against self-incrimination* (privilégio contra autoincriminação).

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988, o direito ao silêncio ganhou *status* constitucional e deixou de ser interpretado em desfavor do réu, conforme prevê o seu artigo 5º, inciso LXIII:

> O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Vale ressaltar que vários outros princípios, também relacionados com o direito de não autoincriminação, foram resguardados pela Carta Magna, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), da ampla defesa (art. 5º, inciso LV) e da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII).

Importante ressaltar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual a República Federativa do Brasil ratificou, menciona o direito ao silêncio em seu artigo 8.2, g, declarando que deve ser respeitado o direito do acusado de não se autoincriminar.

De valia lembrar que o princípio *nemo tenetur se detegere* é gênero do qual o direito ao silêncio é uma de suas ramificações. Por isso, ele não protege apenas o direito de o acusado não depor contra si mesmo, mas também o de sujeitar a quaisquer diligências que necessitam de sua colaboração. Dessa forma, entende-se que devem as autoridades policiais e judiciárias produzir as provas de que necessitam sem a participação proativa do acusado/investigado.

Nessa direção, colho ensinamento de Renato Brasileiro de Lima, *in verbis*:

> (...) O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, apresenta-se como uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.
>
> (...) **Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação**. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para (...) que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.
>
> (...) É irrelevante que se trate de inquérito policial ou administrativo, processo criminal ou cível ou de Comissão Parlamentar de Inquérito. Se houver possiblidade de autoincriminação, a pessoa pode fazer uso do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Em continuidade, o citado doutrinador elucida os desdobramentos de não produzir prova contra si mesmo, *in verbis*:

> (...) Portanto, deve se compreender que o direito ao silêncio funciona apenas como uma das decorrências do princípio do *nemo tenetur se detegere*, do qual se extraem outros desdobramentos igualmente importantes. Em síntese, pode-se dizer que o direito de não produzir prova contra si mesmo, que tem lugar na fase investigatória e no curso da instrução processual, abrange:

> (...)
>
> d) **direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo**: por força do direito de não produzir prova contra si mesmo, doutrina e jurisprudência têm adotado o entendimento de que **não se pode exigir um comportamento ativo do acusado, caso desse *facere* possa resultar a autoincriminação**. Assim, sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. (Grifos nossos).

Constranger consiste numa determinação física ou moral para que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa em descompasso com sua vontade, não se confundindo, pois, com voluntariedade, na qual a conduta perpetrada decorre do próprio desejo e/ou vontade do agente.

Somente há de falar em violação da garantia do *nemo tenetur se detegere* quando o agente é compelido, constrangido a produzir provas contra si mesmo, ou seja, contra a sua vontade.

O Tribunal da Cidadania já se pronunciou nesse mesmo diapasão, tendo, na oportunidade, disposto que, *in verbis*:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. REGISTRO MEDIANTE GRAVAÇÃO EM MEIO AUDIOVISUAL. **UTILIZAÇÃO DO PADRÃO VOCAL DO ACUSADO OBTIDO DURANTE A AUDIÊNCIA PARA FINS DE COMPARAÇÃO COM VOZ ATRIBUÍDA A UM DOS INTERLOCUTORES INTERCEPTADOS. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO ACUSADO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. AUSÊNCIA DE PRÉVIA ADVERTÊNCIA DE QUE A QUALIFICAÇÃO E O INTERROGATÓRIO GRAVADOS PODERIAM SER UTILIZADOS PARA FUTURA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DA PROVA QUE LHE POSSA SER DESFAVORÁVEL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA.** RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> I - **A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do *nemo tenetur se detegere*), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente.**

> II - **De igual forma, o direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal** (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12).
>
> III - "**Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas,** (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) **o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa** e (c) **o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica**, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal" (HC n. n. 99.289/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-149 de 04/08/2011, grifei).
>
> (...)
>
> VI - **A participação do acusado na produção de prova que possa ser utilizada em seu desfavor pressupõe consciência e voluntariedade**. Ausentes qualquer delas, a prova obtida será ilegal. Precedentes.
>
> Recurso ordinário provido para determinar que a utilização do padrão vocal do recorrente, obtido durante a gravação em meio audiovisual de sua qualificação e de seu interrogatório judicial, seja condicionada à expressa anuência do recorrente e, subsidiariamente, para que eventual laudo já elaborado seja desentranhado dos autos, não podendo ser utilizado para a formação do convencimento do julgador, salvo expressa concordância do recorrente.
>
> (STJ. RHC 82.748/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 1º/2/2018.) (Grifos nossos).

Na espécie, parecer ofertado pelo Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, nos autos deste *mandamus* submetido ao crivo deste Plenário virtual, assim dispôs, *in verbis*:

> (...) **A satisfação das condições da ação e dos pressupostos processuais de admissão apontam para o seu conhecimento.**
>
> No mérito, *data maxima venia*, o pleito não rende ensejo à segurança suplicada, em razão de não existir ilegalidade ou abuso de poder no *decisum* impugnado.
>
> Malgrado as robustas ponderações expendidas pelo nobre Impetrante, **entendemos que a condução coercitiva do investigado**

> **para a realização de exame pericial encontra óbice no princípio da vedação à autoincriminação.** Ainda que se possa cogitar de exame não invasivo, pensamos que a desconstrução das dúvidas que pendem sobre o grau de limitação física do investigado não pode ser alcançada sem um comportamento ativo do periciando, ainda que mínimo.
>
> Insta destacar que a Suprema Corte, ao julgar as ADPFs 395 e 444, declarou a inconstitucionalidade da condução coercitiva do acusado para interrogatório, prevista no art. 260 do Código de Processo Penal comum. Embora o nobre Impetrante haja salientado que a situação dos autos seja diversa, uma vez que não se está a falar de interrogatório, entendemos que os citados precedentes devem ser aplicados, haja vista que o exame pericial possui natureza probatória e, desse modo, não pode o investigado a ele ser submetido contra a sua vontade, sob pena de violação ao supracitado princípio.
>
> Além disso, cumpre considerar que a condução coercitiva para realização de perícia não se afigura medida razoável ou proporcional, imprescindível à continuidade da persecução penal, haja vista que se está em fase investigatória e que há, nos autos, outros elementos hábeis a subsidiar a formação da *opinio delicti* para a eventual propositura de ação penal.
>
> (...)

Nesse trilho, a condução coercitiva, embora não listada no rol das medidas cautelares diversas da prisão dos artigos 319 e 320 do CPP, também funciona como medida cautelar de coação pessoal, e deve estar em consonância com os parâmetros constitucionais vigentes, a cumprir a função que a legitime perante o Ordenamento Jurídico.

Salutar a menção ao julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) de números 395 e 444, que tratou da incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados e de acusados para "interrogatório".

Em trecho do seu voto na ADPF 444, julgada conjuntamente com a ADPF 395, entendeu o Ministro Luiz Fux que, *in verbis*:

> (...) O direito de permanecer calado, dessa maneira, apenas tem lugar "depois de devidamente qualificado" o réu.
>
> (...) Além das hipóteses fundamentadas de necessidade de presença física do acusado para esclarecimentos quanto à sua qualificação, há outras hipóteses legítimas de decretação da condução coercitiva que não causam prejuízo ao direito constitucional do acusado à não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CRFB). Essa garantia constitucional impede tão somente que o acusado seja submetido à condução coercitiva como meio exclusivo para constrangê-lo a falar contra a sua vontade. No entanto, a condução coercitiva, em muitas situações, revela-se mecanismo eficaz de preservação da instrução penal, a fim de impedir

> que, após a deflagração de determinada operação criminal, o suspeito destrua provas, constranja outros alvos da investigação ou mesmo combine versões com outros envolvidos no fato apurado.

Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli, em excerto do seu voto pronunciado nas ADPF's, destacou que, *in verbis*:

> Francesco Carnelutti, em clássica obra, afirmava que "as algemas, também as algemas, são um emblema do direito; quem sabe, pensando bem, o mais autêntico de seus emblemas, embora mais expressivo que a balança e a espada. **É necessário que o direito nos ate as mãos**" (*As Misérias do Processo Penal*. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 25, grifei).
>
> O simbolismo da frase do eminente penalista italiano é de uma magnitude ímpar: "**é necessário que o direito nos ate as mãos", que o direito contenha voluntarismos, que nos submetamos todos ao império do Direito posto.**
>
> **O processo penal, não podemos jamais nos olvidar, é um instrumento de contenção do poder estatal.** (Grifos nossos).

Noutra vertente, em decote do voto disposto pelo Ministro Alexandre de Moraes nas citadas ADPF's, quando tratou do tema atrelado ao diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado, assim dispôs, *in verbis*:

> Noutro giro, a Constituição Federal consagra o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação, mas não o "direito de recusa" ao investigado ou réu, ou seja, não lhes é permitido recusar a participar de atos procedimentais ou processuais estabelecidos legalmente dentro do Devido Processo Legal.
>
> Em uma época em que a criminalidade organizada dominada por narcotraficantes e a corrupção generalizada eram fenômenos não tão conhecidos em nosso país, o eminente magistrado e professor FREDERICO MARQUES já externava preocupação com essa temática, salientando que o respeito às garantias do investigado ou do acusado não deveriam se constituir em obstáculo à realização de um dos fins mais importantes do Estado, qual seja, o regular e necessário exercício de seu poder punitivo:
>
>> Cumpre lembrar, porém, que, se os direitos do réu são de fato sagrados e invioláveis, impossível é esquecer a relevância dos poderes repressivos do Estado e da tutela penal que ele exerce para a proteção dos bens jurídicos essenciais à vida em comunhão. Não podemos pensar só no réu e acusado e esquecer o que representa o crime como atentado à ordem jurídica, ao desassossego geral e à segurança da vida coletiva. As garantias do acusado ficam perfeitamente asseguradas com a defesa ampla que lhe é dada exercer perante os órgãos jurisdicionais (...) Instaurado o processo, acusação e defesa devem ficar em plano de estrita igualdade (...) A estruturação acusatória do processo penal tem por

> objetivo, justamente, esse equilíbrio entre as partes, para que o juiz dê a cada um o que é seu, aplicando imparcialmente a lei. Mas não se há de exigir que o Estado compareça em juízo de mãos vazias, com a sua função acusatória inteiramente anulada. Da acusação é o ônus probatório. Limitá-la, pois, na fase prévia de investigação, para impedir que colha os elementos informativos imprescindíveis à atuação que deve desenvolver em juízo, é quebrar definitivamente o equilíbrio do sistema acusatório em favor de Sua Excelência o Réu, conforme a pitoresca expressão de ASTOLFO DE RESENDE. (*Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Forense, 1960, p. 66- 67).

Entendeu o notável ministro, como contraponto aos seus argumentos, mesmo que ao final de seu voto tenha excluído a possibilidade de decretação direta da condução coercitiva, que não hão de serem confundidos a garantia da não autoincriminação com o "direito de recusa", mormente em tempos de patente criminalidade, no sentido de que não se poderia haver uma exacerbada e hipertrofiada mentalidade pro-réu a continuar ganhando terreno. Isso não se está a desconhecer neste voto.

No caso *sub examine,* muito bem restou propugnado na Decisão guerreada, *in verbis*:

> (...) No caso dos autos, é inegável que a submissão do investigado à perícia médica, de forma coercitiva, sem a concordância do investigado, ainda que se trate de exame médico não invasivo, acaba por ferir o princípio da não autoincriminação.
>
> Com efeito, em sua manifestação do Evento 67, o Ministério Público Militar declarou que "na hipótese dos autos, deve sim ser admitida a possibilidade de condução coercitiva do investigado para realização de exame médico pericial, oportunidade em que não poderá ser exigido do investigado nenhum comportamento ativo."
>
> No entanto, **do ponto de vista prático, entende-se que conduzir compulsoriamente o investigado para ser submetido à perícia nos termos propostos, além de ser medida discutível do ponto de vista de sua legalidade, seria medida totalmente inócua.**
>
> **De fato, não se concebe a possibilidade de o perito aferir, de forma efetiva, as limitações de movimentos do investigado sem que conte, ainda que minimamente, com um comportamento ativo do periciando.** (Grifo nosso).

Assim, mesmo que aqui ficasse consignado que a condução coercitiva poderia ser levada a efeito, nos termos do parâmetro estabelecido pela vedação ao 'direito de recusa' do Indiciado, não se poderia passar ao largo a necessária informação ao Sd EV José Matheus de que ele poderia se recusar a adotar qualquer atitude proativa no momento da sua submissão à perícia médica, sob pena de a prova ser inevitavelmente fadada à ilicitude.

Com efeito, em consulta ao IPM nº 7000064-86.2020.7.03.0203, evento nº 53, os laudos juntados aos autos pela defesa demonstram que invariavelmente o Indiciado terá de atender a alguns pleitos do perito. Dessa forma, um simples solicitar de "levantar os braços", mexer a cabeça para os lados, levantar as pernas, poderia por ele ser negado, o que tornaria impossibilitada a perícia.

Nessa senda, o Encarregado do IPM ouviu, na condição de testemunha, o perito nomeado para atuar no Processo Cível da Justiça Federal, tombado sob o número 5011412-68.2018.4.04.7110/RS, já aqui referenciado, o Dr. CARLOS RIPPA MALTZ, médico ortopedista/traumatologista, que informou, *in verbis*:

> (...) as conclusões médicas contidas nos laudos dependem totalmente de exames laboratoriais, cujos resultados consistam em dados objetivos, cientificamente aferíveis. (...) Tanto as fotos quanto os vídeos apresentados durante sua inquirição, alguns deles, principalmente o vídeo, contradizem com os exames realizados no laudo pericial. Também, segundo o perito, o grau da patologia, considerando as imagens apresentadas, colidem com as avaliações e os laudos que estão nos autos do processo. **Por fim, ainda de acordo com o mencionado perito, se a falta de colaboração ou até mesmo uma simulação por parte do Sd EV JOSÉ MATHEUS RODRIGUES PIRES durante a realização do laudo médico pericial realmente tiver ocorrido, este fato interfere diretamente no laudo médico pericial.** Em verdade, o elemento principal de convencimento recai essencialmente sobre as declarações fornecidas pelo periciado. (Destaques nossos).

Portanto, não se mostra razoável conceder a medida mandamental tão somente para que o Indiciado seja compelido a ser conduzido "à força" ao local da perícia, para lá poder se manter inerte. Conforme desposado pelo Juiz prolator da Decisão objurgada, "seria medida totalmente inócua", e em acréscimo, a medida, além de inócua, seria antieconômica e desproporcional ao fim colimado.

Noutro trilho, percebe-se que a persecução penal em desfavor do Indiciado encontra-se ainda em fase embrionária, podendo haver outros modos de o presentante do *Parquet* de piso angariar elementos de convicção para formar a *opinio delicti*.

Gize-se considerar que, em consulta ao sítio do TRF4[102], os autos da Ação Ordinária que deram ensejo à reintegração do Indiciado ao Exército tiveram julgamento convertido em diligência no dia 22/2/2021, nos seguintes termos, *in verbis*:

---

[102] https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa& txtValor=50114126820184047110&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=N U&todaspartes=&txtChave=&numPagina=2 (consulta realizada em 12/5/2021).

> (...) Retomando a decisão do evento 138 e 165, e atento às diversas petições formuladas entre um e outro evento, tenho que a realização de nova prova pericial é indispensável para o julgamento mérito.
>
> (...)
>
> Contudo, não se pode descurar que há controvérsia ainda significativa quanto: (a) **à extensão da paresia**, uma vez que na última inspeção de saúde, o autor foi enquadrado no item 28.1, a, ou seja, paresia periférica, enquanto o autor alega se tratar de tetraparesia, o que substanciaria o item 28.1, f, da mesma portaria; (b) **se a condição do autor efetivamente implica incapacidade,** uma vez que a paralisia, ou patologia a ela equiparável, por si só, não autoriza o acolhimento da pretensão.
>
> Assim, sem prejuízo da apreciação do laudo pericial já acostado aos autos nos termos do art. 479 do CPC, defiro a realização de nova perícia, consoante art. 475 do mesmo diploma legal, haja vista a renitência da controvérsia em relação aos pontos alhures mencionados. Anoto que caberá à Secretaria diligenciar perito habilitado, bem como adotar as providências necessárias à realização da prova ora deferida. (Grifos no original).

No tocante a este processo cível, o último provimento jurisdicional, de 23/3/2021, determina que, *in verbis*:

> Intime-se novamente o perito, Dr. Nelson Luiz Saab, para que, aceitando as condições lançadas no despacho do evento 186, designe data e horário para a realização do trabalho pericial.

Ou seja, segundo a regra geral estabelecida pelos incisos do art. 373 do Código de Processo Civil, cabe ao autor (Indiciado) o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo.

Acerca do ônus da prova, a doutrina comumente divide o instituto em duas partes; a primeira denominada de ônus subjetivo da prova, e a segunda chamada de ônus objetivo. No tocante ao ônus subjetivo da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção da prova ("quem deve provar o quê"), enquanto, no ônus objetivo da prova, o instituto é visto como regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente[103].

Desse modo, se no processo penal o ônus da prova da acusação recai sobre o fato típico, autoria ou participação, nexo de causalidade e elemento subjetivo, no âmbito cível, o ônus da prova recai sobre o autor (Indiciado).

---

[103] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil* - volume único. 13. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2021. p. 724 e 725.

Nesse conspecto, prevalece na jurisprudência o entendimento que admite a utilização de prova emprestada mesmo em relação aos processos com partes distintas. Nesse sentido, em julgamento, no Superior Tribunal de Justiça, referente ao processo civil, cuja conclusão, porém, também é usada em sede processual penal, assim já se pronunciou a Corte Especial daquele colendo Tribunal, *in verbis*:

> (...) em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem qualquer justificativa razoável para tanto.
>
> Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.
>
> (STJ. EResp 617.428/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Corte Especial. Julgado em 4/6/2014).

Assim, a despeito de o presentante do MPM de piso poder fazer uso de provas médicas indiretas, como já o tem feito na investigação preliminar (IPM nº 7000064-86.2020.7.03.0203, evento 95, laudo 5), com enfoque nas mídias fotográficas e videográficas do Indiciado, tendo o Encarregado do IPM nomeado duas 1º Tenentes médicas para atuarem como peritas, também terá ao seu dispor eventuais provas emprestadas carreadas na ação cível, além de outras que denotar convenientes.

Não vislumbro, pois, o alegado direito líquido e certo, bem como qualquer ilegalidade ou abuso de poder na Decisão do Juízo da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, a ser amparado por mandado de segurança.

Pelo exposto, **denego** a segurança por falta de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em não conhecer da preliminar defensiva, de não conhecimento do Mandado de Segurança. No mérito, **por unanimidade**, em conhecer e em denegar a segurança por falta de amparo legal.

Brasília, 21 de maio de 2021 – Alte Esq Leonardo Puntel, Ministro-Relator.

Petição

PETIÇÃO Nº 7000596-71.2020.7.00.0000

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

Requerente: Ex-Cap Ex Roger Quintella Tamanqueira.

Advogados: Dr. Wilson Fernandes Matias (OAB: RJ214685) e Dra. Tamisa da Silva Pinto (OAB: RJ230986).

Requerido: Justiça Militar da União.

EMENTA

PETIÇÃO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JMU SUSCITADA PELA PJGM. REJEIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. DIREITO DE PETIÇÃO. DECLARAÇÃO DE DIGNIDADE. PETIÇÃO DE CUNHO JURISDICIONAL. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA AÇÃO SUSCITADA PELA AGU. REJEIÇÃO. MÉRITO. ACÓRDÃO QUE DECLAROU A INDIGNIDADE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ABSOLVIÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. OFICIAL QUE NÃO PARTICIPOU DA PRÁTICA DELITIVA. DECLARAÇÃO DE DIGNIDADE. RESTITUIÇÃO DO *STATUS QUO ANTE*. PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

Sendo a Superior Corte Militar o órgão competente para o julgamento da Ação para a declaração de indignidade para o oficialato, nos termos do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da CF, também é para proferir decisão que possa desconstituir o julgado e devolver ao militar o status quo ante. Preliminar de incompetência da JMU rejeitada. **Decisão unânime**.

A Petição deve ser recebida como verdadeira ação para a declaração de dignidade para com o oficialato, apta para se pleitear o exame da existência de direito constitucionalmente previsto no art. 142, § 3º, inciso VI, da CF, do qual se extrai que "o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do

oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz (...)".

A garantia constitucional não se restringe à declaração da indignidade, mas também quando o militar preenche os requisitos para ter a sua dignidade reconhecida e reestabelecida. Conhecimento da Petição como Ação Declaratória de Dignidade. **Decisão unânime**.

Não há, no ordenamento jurídico, previsão legal ou regimental de prazo prescricional para oferecimento de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade de Oficial bem como não existe previsão para a declaração de dignidade. Todavia, ainda que existisse tal prazo, este iniciaria após o nascimento da pretensão, com o surgimento do direito subjetivo. Rejeição da preliminar de prescrição. **Decisão unânime**.

Não mais subsistindo condenação superior a dois anos de reclusão e reconhecida a não participação do oficial na prática delitiva, sendo que seu atuar, à época dos fatos, condiz com as práticas no âmbito da OM, há de ser declarada a sua dignidade para com o oficialato, restabelecendo-se seu posto e patente. Deferimento parcial do pedido de restituição do status quo ante do Requerente para declará-lo digno do oficialato, restabelecendo seu posto e patente. **Decisão por unanimidade**.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União, arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar; **por unanimidade**, em questão de ordem, conheceu da Petição jurisdicional como Ação Declaratória de Dignidade; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de prescrição arguida pela Advocacia-Geral da União. No mérito, **por unanimidade**, deferiu parcialmente o pedido de restituição do ***status quo ante*** do ex-Cap Roger Quintella Tamanqueira para, tão somente, declará-lo digno para o oficialato, restabelecendo seu posto e patente, nos termos do voto da Relatora Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Acompanharam o voto da Relatora os Ministros José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. Declarou-se impedido o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, na forma do art. 149 do RISTM. Os Ministros Odilson Sampaio Benzi e Carlos Vuyk de Aquino não participaram do

julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa, Dr. Wilson Fernandes Matias, o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, e o Representante da Advocacia-Geral da União, Dr. Rafael Monteiro. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 29/6/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Petição proposta em favor do ex-Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, na qual se requer:

> 01. Que seja decretada a nulidade *ab initio* do Acórdão e do procedimento exarado nos autos da Representação para declaração de Indignidade/Incompatibilidade para com o Oficialato nº 0000137-43.2010.7.00.0000-DF (cujo trânsito em julgado ocorreu em 19/11/2013, em virtude da superveniência do deferimento da Revisão Criminal nr. 0000181-52.2016.7.00.0000, cujo Acórdão, lavrado em 30/05/2018, publicado no Dje nº 103/2018, em 13 de junho de 2018 – Justiça Militar da União, transitou em julgado em 7/08/2018), que declarou o paciente – ex-Cap Roger Quintella Tamanqueira, indigno para o oficialato, restituindo o seu *status quo ante*, com relação a sua situação militar, bem como o restabelecimento de todos os seus direitos perdidos, dentre os quais, o POSTO e a PATENTE.
>
> 02. Que seja expedido ofício ao Gabinete do Comandante do Exército e ao Departamento Geral de Pessoal do Exército Brasileiro, com a finalidade de promover os atos administrativos necessários a reinclusão as fileiras do Exército do ex-Cap Roger Quintella Tamanqueira, com base na decisão exarada por esta corte de justiça castrense, com o restabelecimento de todos os seus direitos, incluindo-se o de realização de todos os normais cursos de fluxo de carreira, dentre os quais a ESAO.

Na Sessão realizada em 3/8/2011, este Superior Tribunal Militar, à unanimidade, declarou o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA indigno para o oficialato, declarando a perda de seu posto e da patente (Evento 1, doc. 2).

Em 30/5/2018 o Colegiado, por unanimidade de votos, deferiu a Revisão Criminal nº 0000181-52.2016.7.00.0000 para, nos termos das alíneas "a" e "c" do art. 551 do CPPM, c/c o art. 558 do referido Códex, desconstituir a Sentença do Conselho Especial de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 3/9/2008, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 23-95.2006.7.01.0201, que condenou o Requerente à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso no art. 303, c/c o art. 53, ambos do CPM, rescindindo o Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 8/6/2009, nos autos da Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201, que manteve o Decreto condenatório, para absolver o Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, com fundamento no art. 439, alínea "e", do CPPM (Evento 1, doc. 3).

A Decisão transitou em julgado 7/8/2018 (Evento 1, doc. 5).

Irresignada, a Procuradoria-Geral de Justiça Militar interpôs tempestivo Mandado de Segurança nº 7000488-13.2018.7.00.0000 para anular o Acórdão proferido na Revisão Criminal e manter íntegro o Acórdão proferido na Apelação que confirmara a condenação inicial.

O Relator, Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, indeferiu a petição inicial e negou seguimento ao *Mandamus*. A decisão foi atacada por Agravo Interno, que não foi acolhido.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar interpôs Recurso Ordinário em Mandado de Segurança para o Excelso Pretório, buscando a reforma do Acórdão que não conheceu do *writ*, no qual se buscava a reforma da Decisão em sede de RC nº 181-52.2016.7.00.0000, para manter inalterado o Acórdão na Apelação nº 23-95.2006.7.01.0201.22.

Foi impetrado o Habeas Corpus nº 7000429-88.2019.7.00.000 em favor do ex-Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA no qual se requereu a nulidade do Acórdão exarado nos autos da Representação Indignidade/Incompatibilidade nº 0000137-43.2010.7.00.0000-DF, em virtude da superveniência do deferimento da Revisão Criminal nº 0000181-52.2016.7.00.0000, cujo Acórdão, lavrado em 30/5/2018 (public. no Dje nº 103/2018, 13/6/2018), transitou em julgado em 7/8/2018.

Em 1º/10/2019, o Exmo. Ministro CELSO DE MELLO, julgando o RMS nº 36.100, negou provimento ao recurso ordinário para manter o Acórdão proferido pelo STM, por seus próprios fundamentos (Evento 1, doc. 14).

Em 26/11/2019, o Eminente Ministro da Suprema Corte Federal não conheceu de Embargos de Declaração opostos pelo MPM, por serem manifestamente incabíveis.

Em 10/12/2019, transitou em julgado a decisão proferida em sede de RMS nº 36100.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, considerou que a Justiça Militar não tem competência cível para a rescisão do julgado na representação por indignidade, devendo a Petição ser aforada perante a Justiça Federal.

Em 30/11/2020, atendendo sugestão da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, determinei a intimação da Advocacia-Geral da União para, em querendo ingressar no feito, se manifestar.

A Advocacia-Geral da União apresentou Contestação em 28/1/2021. Na oportunidade, ressaltou a ocorrência da prescrição para pleitear a anulação

da declaração de indignidade para o oficialato, tendo em vista o decurso de mais de 5 (cinco) anos desde a prolação da referida decisão, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.

Sustentou, ainda, que superado o óbice da prescrição, inexiste qualquer nulidade na decisão que declarou a indignidade do militar para com o oficialato, determinando a perda de posto e patente.

Subsidiariamente, pugnou, *in litteris*:

> (...) o acolhimento das teses subsidiárias veiculadas no tópico IV, relacionadas à necessidade de avaliação de condições e requisitos para reingresso no serviço ativo e participação em cursos, bem como impossibilidade de concessão de promoções ou progressões retroativas e de condenação ao pagamento de verbas relativas ao período anterior à intimação da União, compensando-se tais valores com a pensão militar porventura paga, se for o caso.

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JMU SUSCITADA PELA PJGM

Inicialmente, cumpre ressaltar que, a despeito de se tratar de matéria extrapenal, a representação para a declaração da indignidade de oficial é submetida a julgamento judicial, não se trata, pois, de mera questão administrativa referente a direito de servidor ou magistrado vinculado ao STM, que dispensa pronunciamento no âmbito jurisdicional.

Nesse sentido, aliás, há muito, já se posicionou a Suprema Corte Federal, *in litteris*:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MILITAR. OFICIAL CONDENADO A TRÊS ANOS DE RECLUSÃO. REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR PARA DECLARAÇÃO DE PERDA DE POSTO E PATENTE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 93, PARÁGRAFOS 2. E 3. É TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA QUE O OFICIAL DAS FORÇAS ARMADAS SÓ PERDE POSTO E PATENTE, EM VIRTUDE DE DECISÃO DE ÓRGÃO JUDICIÁRIO. NO REGIME PRECEDENTE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1, DE 1969, A PERDA DO POSTO E PATENTE PODIA DECORRER DA SIMPLES APLICAÇÃO DA PENA PRINCIPAL PRIVATIVA DE LIBERDADE, DESDE QUE SUPERIOR A DOIS ANOS; TRATAVA-SE, ENTÃO, DE PENA ACESSÓRIA PREVISTA NO CÓDIGO PENAL MILITAR. NO REGIME DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1, DE 1969, A PERDA DO POSTO E PATENTE DEPENDE DE UM NOVO JULGAMENTO, POR TRIBUNAL MILITAR DE CARÁTER PERMANENTE, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DO

> MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, QUE VENHA A DECLARAR A INDIGNIDADE OU INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO, MESMO QUE O OFICIAL HAJA SIDO CONDENADO, POR TRIBUNAL CIVIL OU MILITAR, A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A DOIS ANOS, EM SENTENÇA TRÂNSITA EM JULGADO. **NÃO SE PODE EQUIPARAR A DECISÃO PREVISTA NO ART. 93, PARÁGRAFOS 2. E 3. DA CONSTITUIÇÃO, A HIPÓTESE DE DECISÃO DE CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (LEI N. 5.836, DE 05.12.1972). POR FORÇA DA DECISÃO DE QUE CUIDA O ART. 93, PARÁGRAFOS 2. E 3., DA LEI MAIOR, PODE SER AFASTADA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PATENTE E POSTO. NESSE CASO, A DECISÃO POSSUI NATUREZA MATERIAL E FORMALMENTE, JURISDICIONAL, NÃO SENDO POSSÍVEL CONSIDERÁ-LA COMO DE CARÁTER MERAMENTE ADMINISTRATIVO,** A SEMELHANCA DO QUE SUCEDE COM A DECISÃO DE CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. CABE, ASSIM, EM PRINCÍPIO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DE ACORDO COM O ART. 119, III, DA CONSTITUIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE TRIBUNAL MILITAR PERMANENTE, QUE DECIDA NOS TERMOS DO ART. 93, PARÁGRAFOS 2. E 3., DA LEI MAGNA. APLICA-SE IDÊNTICO ENTENDIMENTO, EM SE TRATANDO DE OFICIAL DE POLÍCIA MILITAR E DE DECISÃO DE TRIBUNAL MILITAR ESTADUAL. SE O TRIBUNAL CONCLUI QUE O OFICIAL, EM RAZÃO DE TER SIDO CONDENADO A TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, POR CRIME DE PECULATO, SE TORNOU INCOMPATÍVEL COM O OFICIALATO, OU O RECONHECE INDIGNO DO OFICIALATO, A CONSEQUÊNCIA HÁ DE SER A PERDA DO POSTO E PATENTE. **OFENDE O ART. 93, PARÁGRAFO 2., DA CONSTITUIÇÃO, O ACÓRDÃO QUE, RECONHECENDO A INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO, OU A INDIGNIDADE, EM VIRTUDE DE CONDENAÇÃO A TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, DETERMINA, APENAS, A REFORMA DO OFICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, DE QUE SE CONHECE, PARA DAR-LHE PROVIMENTO E DECRETAR A PERDA DO POSTO E PATENTE DO OFICIAL RECORRIDO.**
>
> (RE 104387, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/1988, DJ 09- 09-1988 PP-22542 EMENT VOL-01514-02 PP-00273).

Desse modo, sendo a indignidade declarada mediante decisão jurisdicional, não restam dúvidas de que, também, nesse mesmo âmbito deve ser analisada a possibilidade de ser declarado digno o militar que foi absolvido em momento posterior ao que o considerou indigno para o oficialato.

Nesse sentido, prevê com a necessária clareza o art. 118, parágrafo único, da Lei nº 6.880/1980 que:

> Art. 118. O oficial perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, por decisão do Superior

> Tribunal Militar, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra, em decorrência de julgamento a que for submetido.
>
> **Parágrafo único. O oficial declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, e condenado à perda de posto e patente só poderá readquirir a situação militar anterior por outra sentença dos tribunais referidos neste artigo e nas condições nela estabelecidas.** (Grifos nossos).

Demais disso, ainda que a declaração de indignidade para o oficialato fosse considerada ato administrativo, aplicar-se-ia o princípio do paralelismo das formas, que, na dicção de PAULO BONAVIDES, "um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-lo".

Sendo essa Superior Corte Militar o órgão competente para o julgamento da Ação para a declaração de indignidade para o oficialato, nos termos do art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da CF, também é para proferir decisão que possa desconstituir o julgado e devolver ao militar o *status quo ante*. Portanto, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União.

QUESTÃO DE ORDEM

Trago à baila questão de ordem referente ao cabimento da presente Petição para requerer a nulidade do Acórdão que declarou o ex-militar ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA indigno para com o oficialato.

Cediço que o Regimento Interno desta Corte não prevê recurso ou ação própria tal como a rescisória para se pleitear a desconstituição de julgado relativo à matéria extrapenal.

Aliás, já decidiu esta Corte Superior Militar em não conhecer de Petição, por falta de amparo legal, para conceder habeas corpus de ofício e declarar a nulidade de Representação para a Declaração de Indignidade para com o oficialato.

Na oportunidade, asseverou-se que o direito de petição constitucionalmente assegurado não alcança pedido de natureza jurisdicional, tanto é que "a dicção do art. 156 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar afasta a possibilidade de conhecimento do pedido formulado na Petição" por ela encerrar conteúdo jurisdicional.

Em decisão mais recente, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 7000429-88.2019.7.0000, impetrado pelo ora peticionante, este Tribunal, em decisão unânime, entendeu ser incabível a ação constitucional contra

imposição de pena de exclusão de militar ou perda de patente ou função, nos termos do Enunciado da súmula 694 do STF.

Portanto, até a presente data, não há consenso acerca do meio hábil a ser utilizado para a análise da dignidade de militar e sua possível reinclusão nas fileiras do Exército. Entende-se, todavia, que o habeas corpus não é meio adequado para o reconhecimento da dignidade, bem como não é a Petição de que trata o RISTM.

Por outro lado, repise-se, não restam dúvidas sobre ser o STM o órgão competente para o julgamento do pedido *in specie*.

Penso que, por tal razão e diante da falta de previsão específica de instrumento processual para tanto, nada impede que o requerimento seja feito através de mera petição – não a prevista no RISTM porque se refere a questão administrativa – na qual se requeira a declaração de sua dignidade e a reaquisição de sua patente, nos termos do art. 118, parágrafo único, da Lei nº 6.880/1980, ao invés da declaração de nulidade do *decisum* anterior.

Nesse conspecto, a petição tratar-se-ia de uma verdadeira ação para a declaração de dignidade para com o oficialato, apta para se pleitear o exame da existência de direito constitucionalmente previsto no art. 142, § 3º, inciso VI, da CF, do qual se extrai que "o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz (...)".

E a preservação de tal direito não se garante apenas quando há a intenção de considerá-lo indigno, mas também quando o militar preenche os requisitos para ter a sua dignidade reconhecida e reestabelecida.

Ora, em sendo condição da ação de representação para a declaração de indignidade a condenação a pena superior a dois anos de reclusão, a absolvição é a necessária para a ação para a declaração da dignidade.

Por fim, é importante relembrar que o direito de Petição sempre foi garantido por essa Superior Corte Militar desde a vigência do Ato Institucional nº 5, que suspendeu o habeas corpus para crimes políticos. Este STM sempre a aceitou como sucedâneo do *writ* constitucional, uma vez que inexistia recurso específico à época. (SPIELER, 2013, p. 44)[104].

A propósito, transcrevo trecho doutrinário de autoria do eminente Ministro aposentado e ex-Presidente desta Casa Cherubim Rosa Filho, no qual destaca:

> No regime militar, a partir da vigência do AI-5, foi suspensa a garantia constitucional do habeas corpus. O Egrégio STM, não podendo

[104] SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Advocacia em tempos difíceis*: ditadura militar 1964-1985. Curitiba: Edição do Autor, 2013.

> conhecer dos pedidos do "santo remédio", mas constatando evidente constrangimento e fiel a sua vocação libertária, **recebia o pedido como representação** e determinava a baixa dos autos ao juízo "a quo" para que decidisse como direito. Foi o eminente ministro Dr. Amarílio Salgado quem primeiro sugeriu à Corte tal caminho, que visava, inicialmente, somente a quebra da incomunicabilidade, pois, à época, de igual modo, não podia ser apreciada e, posteriormente, passou a ter uma aplicação mais ampla.
>
> Como exemplo podemos citar o caso da incomunicabilidade dos presos políticos proibidos de manter contato com seus advogados na vigência da Lei de Segurança Nacional, e que teve, na histórica Representação nº 985 – Julgamento em 13/6/1973 – Relator Ministro Amarílio Salgado" correto desfecho. O *writ* fora distribuído "por dependência ao HC 31.039, cujo paciente José Carlos Brandão Monteiro, preso incomunicável no DEOPS desde 21 de maio pp. representa a fim de que possa comunicar-se com seu advogado e familiares. Advogados Dr. Mário Simas[105].

A Representação foi deferida por unanimidade, quebrando a incomunicabilidade do preso e, aqui, está-se a falar, Senhores Ministros, em Petição inominada.

Por tais razões, históricas e de direito, recebo a presente Petição como petição jurisdicional e a conheço como Ação Declaratória de Dignidade.

PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA AÇÃO SUSCITADA PELA AGU

Em Contestação, sustenta a Advocacia-Geral da União que o direito pleiteado pelo ex-militar ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA restou abarcado pela prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, tendo em vista o decurso de mais de 5 (cinco) anos desde a decisão. Considera que a declaração de indignidade para o oficialato possui natureza administrativa, consubstanciando um ato jurídico perfeito, consolidado pelo decurso do tempo.

Não lhe assiste razão.

Como anteriormente exposto, a declaração de indignidade possui natureza jurisdicional, não administrativa, e deve ser desconstituída pela mesma via que ensejou a sua declaração, qual seja, o julgamento por Tribunal competente para a análise e prolação da decisão de caráter declaratório.

---

[105] ROSA FILHO, Cherubim. *Decisões Históricas: Liminar em Habeas Corpus, Atuação da Defensoria Pública da União, Direito de Petição e o Período do Regime militar de 1964. In: A Justiça Militar da União e a História Constitucional do Brasil*. Coordenadores: Artur Vidigal de Oliveira e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. São Paulo: Migalhas, 2016, p. 56.

Por tal motivo, assim como a representação para a declaração de indignidade requer a condenação a pena superior a dois anos de reclusão, para que se requeira a declaração da dignidade, faz-se necessário que não recaia sobre o militar tal penalidade.

Portanto, é o surgimento de nova situação jurídica fundamental que dá ensejo ao pedido de declaração da dignidade do militar, nos termos do art. 118, parágrafo único, da Lei nº 6.880/1980.

No presente caso, o Peticionante foi absolvido à unanimidade de votos por essa Superior Corte Militar, mediante decisão transitada em julgado em 7/8/2018, proferida em sede de Revisão Criminal.

A despeito das considerações acima, acerca do surgimento de data inicial para o militar requerer a declaração de sua dignidade, cumpre ressaltar que não há no ordenamento jurídico previsão legal ou regimental de prazo prescricional para oferecimento de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade de Oficial bem como não existe previsão para a declaração de dignidade.

Aliás, sobre a questão, esta Superior Corte Militar já se pronunciou no sentido de que não há previsão de prazo para requerer a declaração de indignidade para o oficialato, *in litteris*:

> EMENTA: REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE OU DE INCOMPATIBILIDADE (RDII). PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. PRAZO DA LEI 5.836 DE 1972. REDUÇÃO PELA METADE DO ART. 129 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). REJEITADA. MÉRITO. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA NO PROCESSO ORIGINÁRIO. NÃO ACOLHIMENTO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO TORNOU O FATO CERTO E IMUTÁVEL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE IDADE. DESCENDENTE DO AGRESSOR. ATO QUE CAUSA A INDIGNIDADE. CONDUTA ATENTATÓRIA AO PUDONOR MILITAR E ÀS BALIZAS MORAIS DO ESTATUTO DOS MILITARES (LEI 6.880 DE 1980). TESE SUBSIDIÁRIA. MANUTENÇÃO DA APOSENTADORIA PELA REFORMA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA FORA DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PERDA DO POSTO E DA PATENTE DECRETADA. **I - Alegação de omissão legislativa acerca do prazo prescricional para oferta da Ação de Representação, com argumento do caráter penal da declaração de indignidade ou incompatibilidade, de modo que o Representado detém direito subjetivo a um limite temporal contra a pretensão persecutória do Estado. Pedido para que seja essa lacuna suprida por meio do prazo de 6 anos previsto no art. 18 da Lei do Conselho de**

> **Justificação (Lei 5.836/1972), com a redução prevista no art. 129 do CPM em virtude da pena que pode ser imposta no julgamento da RDII. Fundamento rejeitado. II - A Representação é procedimento judicial com objeto eminentemente administrativo, pois visa apurar a repercussão ético-moral do crime pelo qual o Oficial restou condenado. Não ocorre imposição de medida privativa da liberdade ou outra congênere, o que esvazia a construção de um direito subjetivo à prescrição e a consequente obrigatoriedade de sua fixação. Ademais, o prazo para instauração do Conselho de Justificação, procedimento de natureza administrativa, não mantém relação com a oferta de processo judicial, tal qual a Representação, principalmente porque na fase judicial do citado Conselho também não possui prazo prescricional. Preliminar rejeitada, Representação recebida. Precedentes desta Corte no sentido da inaplicabilidade do instituto da prescrição à RDII pela falta de previsão legal.**
>
> (...)
>
> (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 7001351-32.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 17/09/2020, Data de Publicação: 25/09/2020). (Grifou-se).
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE PARA O OFICIALATO. PRAZO PARA OFERECIMENTO DE REPRESENTAÇÃO. Embargos declaratórios que almejam ver sanada suposta omissão no Acórdão, em relação à discussão acerca do prazo para oferecer Representação que visa a Declaração de indignidade/incompatibilidade para o oficialato, cuja iniciativa é da competência da Procuradoria-Geral da Justiça Militar. **Questão já exaustivamente discutida por ocasião do julgamento da representação por esta Corte Castrense. Nenhum obstáculo foi encontrado para que tivesse início e curso normal a Representação, haja vista tratar-se de construção pretoriana que conduz à Perda do Posto e Patente, sem prazo específico estipulado na legislação ou no Regimento Interno desta Corte (artigos 112 a 114) para sua apresentação. Embargos rejeitados. Decisão unânime.** (Superior Tribunal Militar. Embargos de Declaração nº 0000024-60.2008.7.00.0000. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS. Data de Julgamento: 09/02/2010, Data de Publicação: 22/03/2010). (Grifou-se).

Importa reforçar que, mesmo se houvesse previsão de prazo prescricional para o pedido em análise, o início deste seria depois do nascimento da pretensão, com o surgimento do direito subjetivo.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, “os direitos subjetivos entram no mundo jurídico, em princípio, sem limitação temporal, ou seja, nascem com

possibilidade perpétua de exercício."[106] E ainda assim, quando existente prazo prescricional para se requerer o direito a uma pretensão, faz-se necessária a presença de alguns elementos, quais sejam: a) um direito subjetivo lesado; b) a não exigência do cumprimento do respectivo dever e c) o decurso do prazo que a lei prefixa[107].

In casu, se houvesse a previsão de prazo prescricional, a inércia do requerente surgiria no momento do trânsito em julgado de sua absolvição e não da data em que se declarou a sua indignidade como entende a Advocacia-Geral da União, porque o objeto da presente Petição diz respeito à restituição da dignidade do requerente e esta, repise-se, somente pode ser pleiteada após a sua absolvição ter transitado em julgado.

Nesse sentido já se pronunciou o STM. Veja-se, *in litteris*:

> EMENTA: REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBLIDADE PARA O OFICIALATO. OFICIAL CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO, NA MODALIDADE QUALIFICADA, CAPITULADO NO ARTIGO 157, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA ATENTATÓRIA AOS PRECEITOS BASILARES DA ÉTICA MILITAR E, EM ÚLTIMA ANÁLISE, AO PUNDONOR E AO DECORO DA CLASSE. PRELIMINAR PUGNANDO PELO SOBRESTAMENTO DA PRESENTE REPRESENTAÇÃO ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DA REVISÃO CRIMINAL, EM TRÂMITE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. REJEIÇÃO. REPRESENTAÇÃO. ACOLHIMENTO. DECLARAÇÃO MILITAR INDIGNO PARA COM O OFICIALATO. DETERMINAÇÃO PERDA POSTO E PATENTE. DECISÃO UNÂNIME. **Hipótese em que a presunção de inocência do Representado foi afastada com o trânsito em julgado da Ação Penal, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. No vértice, o Acórdão condenatório do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas transitou em julgado, de forma que as matérias por ele decididas não mais poderão ser rediscutidas, uma vez que o presente feito não tem o condão rescisório. Rejeição da preliminar**. Decisão por maioria. A conduta do Representado atentou de maneira severa contra os preceitos da ética militar instituídos no art. 28 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/90), sendo certo que restaram ofendidos: o inciso I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal; o inciso IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; o inciso XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular; o inciso XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios

[106] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Distinção científica entre prescrição e decadência*: um tributo à obra de Agnelo Amorin Filho. Revista dos Tribunais, v. 836, p. 53.
[107] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 578.

particulares ou de terceiros; e, por fim, o inciso XIX - zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar. O dano à ética, no presente caso, revela-se não só pela gravidade das condutas perpetradas pelo Representado, mas pelas consequências diretas e significativas daqueles atos sobre o posto de Oficial do Exército ostentado por ele. Em não se declarando a indignidade do militar, criar-se-á perigoso precedente de permissividade, tendente a constituir e a legitimar péssimo exemplo para os demais militares. Acolhimento da Representação, para declarar o militar indigno para com o Oficialato e determinar a perda de seu posto e de sua patente, nos termos do artigo 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal, e do art. 120, inciso I, da Lei nº 6.880/80. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 7000710-44.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Data de Julgamento: 04/03/2021, Data de Publicação: 14/04/2021).

EMENTA: REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE. INTERPOSIÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL VISANDO À DISCUSSÃO DO *QUANTUM* DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. ESTELIONATO. DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS NO EXERCÍCIO DAS ATRIBUIÇÕES. ADULTERAÇÃO DE ORDENS BANCÁRIAS PARA EFETIVAÇÃO DE CRÉDITO EM CONTAS DE "LARANJAS". VIOLAÇÃO DE PRECEITOS MILITARES. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. UNANIMIDADE. **Não obstante a tramitação paralela de revisão criminal, a Defesa não logrou êxito em demonstrar a existência de questão prejudicial hábil a obstar o curso da Representação**. Aliás, a tese contida no pedido revisional, relacionada ao quantum da pena fixada, sequer foi conhecida por esta Corte, a qual foi ainda ratificada em embargos de declaração. Incorre na violação dos preceitos contidos no Estatuto dos Militares Oficial Superior que, valendo-se da facilidade proporcionada pelo exercício de suas funções no âmbito da Seção de Finanças da 1ª Região Militar, adultera ordens bancárias para efetivação de créditos nas contas correntes de parentes e amigos, dos quais recebia antecipadamente os respectivos cheques para consolidar a apropriação dos valores públicos desviados. Os crimes patrimoniais praticados por Oficiais, no exercício de suas funções, revelam a inaptidão moral e inidoneidade desses profissionais, principalmente quando em detrimento do Erário, pois deles se espera que atuem com integridade e lisura no trato da coisa pública. A apropriação de valores públicos se traduz em conduta abjeta, de modo a merecer o repúdio da sociedade. O grau da violação dos valores militares não se avalia pelo número de atos ou tempo da sua prática, mas pela audácia e disposição de ferir esses padrões legalmente previstos. Preliminar de prejudicialidade que se indefere. Decisão por unanimidade. Acolhida a Representação para declarar o Oficial indigno e condená-lo à perda do posto e da patente. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade

> nº 0000147-43.2017.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Data de Julgamento: 24/05/2018, Data de Publicação: 30/05/2018).
>
> Embargos de Declaração. Contradição. Inexistência. **Requerimento de revisão criminal não obsta o julgamento de representação para declaração de indignidade. É suficiente o trânsito em julgado de decisão condenatória à pena privativa de liberdade superior a dois anos para que o oficial seja submetido a julgamento em sede de representação para declaração de indignidade/ incompatibilidade para o oficialato.** *Negado Provimento aos Embargos Declaratórios. Unânime*. (Superior Tribunal Militar. Embargos de Declaração nº 0000137-43.2010.7.00.0000. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR. Data de Julgamento: 20/11/2012, Data de Publicação: 12/04/2013).

In casu, não há que se confundir o direito do requerente a ter sua dignidade para o oficialato declarada a partir do trânsito em julgado de sua absolvição, com recurso para reforma do julgado que, em sede de representação para a declaração de indignidade para o oficialato, assim o considerou.

Com relação ao prazo para o indigno buscar a restituição de seu *status quo ante*, cediço que, pelo menos *a priori*, não se deve falar em pretensão para fins de prescrição quando o que se busca é a declaração de uma situação jurídica. Na lição de Humberto Theodoro[108]:

> Sempre que a parte não tiver pretensão a exercer contra o demandado (porque este não tem obrigação de realizar qualquer prestação em favor do autor), o caso não será de prescrição, mas de decadência. É o que se passa com as ações constitutivas e declaratórias, porque nas primeiras se exerce um direito potestativo, e nas últimas, apenas se busca a certeza acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Vale dizer: em nenhuma delas o autor reclama prestação (ação ou omissão) do réu, não havendo pretensão para justificar a prescrição.

Ocorre que, *in specie*, a despeito de se tratar de um pedido de declaração de dignidade, há de se ressaltar que esta Superior Corte Militar possui entendimento no sentido de que o militar, uma vez considerado indigno a partir da análise objetiva dos requisitos para tanto, bem como do exame subjetivo do seu caráter, para ter a sua dignidade para com o oficialato restaurada, não basta a mera absolvição ou diminuição da pena, devendo também ser levado em conta se houve mácula ao dever de probidade, de

---

[108] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns aspectos relevantes da prescrição no novo Código Civil*. O Sino do Samuel, p. 5-6, maio 2003.

lealdade e de moralidade imposto a um Oficial das Forças Armadas. Nesse sentido, trago à baila os seguintes julgados desta Corte, *in litteris*:

> EMENTA. REPRESENTAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR PARA DECLARAR OFICIAL INDIGNO OU INCOMPATÍVEL PARA COM O OFICIALATO. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO EM FACE DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. Major da reserva da Aeronáutica, condenado pela justiça comum à pena de 16 anos de reclusão, e 266 dias-multa, pela prática de tráfico internacional de drogas e associação criminosa, em regime fechado, por ter se aproveitando da sua condição de oficial da Aeronáutica, promovendo e monitorando o transporte de 32,960 Kg de cocaína, alocada no interior de aeronave pertencente à FAB, em Recife/PE, com destino à cidade Clermont Ferrand, na França, com escala técnica em Las Palmas, nas Ilhas Canárias, lugar previsto para entrega da droga. **O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, de notada índole penal, não se relaciona com o pedido ou mesmo com a causa de pedir da presente Ação, que é de cunho moral. Cabe a este Tribunal verificar, tão somente, as circunstâncias e as consequências da decisão condenatória para as instituições militares e para a sociedade, em razão do tipo penal cometido. E não há como afastar a torpeza da conduta. A Representação para Declaração de Indignidade importa juízo de valor ético e moral a revelar conhecimento sobre a personalidade do Representado e se presta para julgar, através de processo especial, a capacidade do Oficial das Forças Armadas de permanecer na Força. Em tal procedimento, deve-se levar em conta a gravidade inerente aos atos atribuídos ao Representado. Uma vez violadas as regras morais e éticas a serem pautadas na vida na caserna ou fora dela, a exclusão da Força torna-se inevitável, tendo em vista a necessidade de se preservar a regularidade do sistema, no caso, as instituições militares e o seu papel perante a sociedade. Preliminar de prescrição rejeitada e Representação deferida para declarar o Representado indigno para com o oficialato e, por conseguinte, decretar a perda de seu posto e patente**, com fundamento no art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal. (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/ Incompatibilidade nº 7000694-27.2018.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS. Data de Julgamento: 11/04/2019, Data de Publicação: 10/05/2019). (Grifou-se).

> EMENTA: REPRESENTAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE PARA COM O OFICIALATO. MODALIDADES DISTINTAS. INDIGNIDADE E INCOMPATIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTATUTO DOS MILITARES. CRIME COMUM. DEONTOLOGIA MILITAR. NÃO OFENSA. IMPROCEDÊNCIA. I - O fato da pena privativa de liberdade imposta ter sido substituída por restritiva de direitos não afasta o requisito da condenação à reprimenda constritiva de liberdade para a submissão do

Oficial à Ação de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade com o posto. Isso porque a sanção condenatória para todos os efeitos foi de natureza corporal e apenas teve abrandada sua forma de efetiva execução, no entanto, em caso de descumprimento injustificado, será restabelecida a medida anterior. II **- A Representação pela Declaração da perda do posto e da patente subdivide-se em duas modalidades, a saber: i) por atos de indignidade e ii) por atos de incompatibilidade. Além de expressamente constarem as duas espécies de condutas na Constituição Federal e no Estatuto dos Militares, também o Código Penal Militar as positivou em artigos distintos ao tratar das penas acessórias. Deontologicamente, incompatível é o inconciliável com o oficialato. Indigno é o baixo, torpe, sórdido, não merecedor da condição de oficial. III - Fixando o entendimento sobre as espécies de Representação, verifica-se que no caso não se trata de conduta incompatível para com o oficialato, além de não estar prevista no rol do art. 101 do Código Penal Militar, o fato do Representado ter sido condenado por disparo de arma de fogo em local habitado ou via pública não desarmoniza com os requisitos de disciplina, liderança e cumprimento do dever militar, comprometendo irremediavelmente o seu desempenho profissional. O que, *per si*, exclui a incompatibilidade. IV - Ao praticar o delito em comento, indubitavelmente, o militar infringiu a lei penal comum, no entanto não atingiu os princípios como os da ética, da moralidade e da probidade castrense. Não reverberando a conduta como indigna. Manteve incólume, pois, seu dever funcional e seu compromisso moral para com a Pátria. Conservando-se intacta a independência das instâncias penal e ético-administrativa, a Representação deve ser julgada improcedente. V - Decisão unânime**. (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 0000133-59.2017.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 18/12/2017, Data de Publicação: 20/02/2018). (Grifou-se).

REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE /INCOMPATIBILIDADE. OFICIAL CONDENADO. PECULATO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A DOIS ANOS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. AUSÊNCIA DE AFRONTA À ETICA E AO PUNDONOR MILITAR. Trata-se de oficial extremamente capacitado para o serviço militar, que durante toda a carreira dedicou-se de forma exemplar, representando o Exército Brasileiro da melhor forma possível, razão pela qual foi elogiado, inclusive, no âmbito internacional. Diante do comportamento verificado durante a trajetória profissional do Coronel, bem como diante da existência de dúvida acerca de sua real intenção quanto à aquisição das aulas de voo e do aparelho flydat, mostra-se razoável considerar que o interesse do oficial era aprimorar seus conhecimentos técnicos para aplicá-los ao projeto ao qual se dedicava com afinco na Força. Representação para declarar o representado indigno do oficialato julgada improcedente. Decisão majoritária. (Superior

> Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/ Incompatibilidade nº 0000167-68.2016.7.00.0000. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA. Data de Julgamento: 01/06/2017, Data de Publicação: 06/07/2017). (Grifou-se).

Caso houvesse algum prazo para pleitear a declaração de indignidade ou de dignidade, entendo que ele seria prescricional, uma vez que o pedido está sujeito à análise subjetiva acerca do comportamento do oficial.

Portanto, não há que falar em prescrição da ação para requerer a declaração de dignidade do oficial.

Por outro lado, uma vez inexistente a condição necessária ao exame da indignidade, qual seja, condenação a pena superior a dois anos de reclusão, em decisão transitada em julgado, surge o direito do militar de pleitear a restituição de sua dignidade, mediante declaração jurisdicional.

Por tais razões, rejeito a preliminar.

MÉRITO

No mérito, sustenta a AGU que a validade do ato jurídico deve ser analisada no contexto de sua edição, sendo que, na época do julgamento, a declaração de indignidade atendeu a todos os requisitos constitucionais, legais e regulamentares então vigentes, de maneira que não há que falar em nulidade.

Penso estar correto o argumento.

De fato, o processo para a declaração de indignidade do militar obedeceu a todos os ditames legais, havendo ainda, à época do julgamento da representação, condenação à pena superior a dois anos de reclusão válida.

In casu, por se tratar de alteração de fato, descabe falar em nulidade da coisa julgada e sua retirada do mundo jurídico. Na realidade, o que deve ser buscado é o reconhecimento de um *status* necessário ao reestabelecimento de direito, qual seja: a patente de oficial.

Ressalte-se que na decisão tomada, em sede de revisão criminal, não foi verificada qualquer nulidade na condenação que pudesse ocasionar, via de consequência, alguma mácula no julgado que declarou o oficial indigno.

A condenação foi válida e fez coisa julgada.

Portanto, está-se diante de uma condenação que não produzirá mais efeitos porque foi revista no âmbito penal. Cabe agora a esta Superior Corte Militar examinar a questão relativa à dignidade com fulcro na nova situação

jurídica apresentada para que, no âmbito extrapenal, decida se ela precisa ser revista.

Desse modo, não há que falar em nulidade.

Quanto ao pedido de restituição do seu *status quo ante* e o restabelecimento de seu posto e patente, penso assistir-lhe razão.

In casu, o ex-Cap Ex ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA foi declarado indigno por ter sido condenado pela prática do delito de peculato. Na oportunidade, foi ressaltada a especial e natural ofensividade do tipo penal à ética militar.

Ocorre que, em 30/5/2018, o ex-militar foi absolvido à unanimidade da prática delitiva, em decisão que reconheceu não existirem provas de sua participação no fato. Aliás, na oportunidade entendeu esta Superior Corte Militar que as provas novas trazidas aos autos, em sede de Revisão Criminal, demonstravam ter o Peticionante agido conforme prática usual no aquartelamento. Veja-se:

> REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 551, ALÍNEAS "A" E "C", DO CPPM. CONDENAÇÃO. PECULATO-DESVIO. ART. 303 DO CPM. COAUTORIA POR OMISSÃO. ARTIGO 29, § 2º, DO CPM. DESCOBERTA DE NOVAS PROVAS. PRÁTICA USUAL NO AQUARTELAMENTO. DÚVIDAS ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. DEPOIMENTO DE CORRÉU. DIVERGÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL. *IN DUBIO PRO REO*. CONCURSO DE AGENTES. ADESÃO APÓS A CONSUMAÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. PECULATO CULPOSO. PREJUDICADO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 439, ALÍNEA "E", DO CPPM. REVISÃO CRIMINAL DEFERIDA. UNANIMIDADE.
>
> Nos termos do artigo 551, alíneas "a" e "c", do Código de Processo Penal Militar, a Revisão Criminal tem por objetivo assegurar ao condenado a possibilidade de correção de um erro judiciário, seja pela descoberta de novas provas que invalidem a condenação ou por esta ter sido contrária à evidência dos autos.
>
> **As novas provas colacionadas na Revisão Criminal demonstram que o Requerente procedeu conforme prática usual no âmbito do aquartelamento à época dos fatos, evidenciando a ausência de dolo na conduta, circunstância que inviabiliza a aplicação do instituto jurídico da coautoria por omissão, previsto no artigo 29, § 2º, do CPM, o qual reclama a existência do elemento subjetivo do tipo penal para a sua configuração, ou seja, o agente, voluntária e conscientemente, omite-se em seu dever funcional, propiciando o cometimento do crime.**

> Existindo prova testemunhal divergindo das declarações do Corréu, estas não são aptas para imputar a coautoria delitiva ao agente, porquanto não se mostram harmônicas com os demais elementos probatórios constantes do caderno processual, incidindo à espécie o brocardo *in dubio pro reo*.
>
> O instituto jurídico do concurso de agentes não incide quando a adesão se dá após o cometimento do delito, uma vez que necessita da concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal.
>
> Acolhido o pleito principal formulado pela Defesa, resta prejudicada a pretensão subsidiária de desclassificação da conduta.
>
> Ausentes provas acerca da participação do agente na empreitada criminosa, impõe-se a desconstituição da sentença condenatória e, por via de consequência, a rescisão do Acórdão deste Superior Tribunal Militar, para fins de absolver o Requerente, nos termos do artigo 439, alínea "e", do CPPM.
>
> Revisão Criminal deferida. Unanimidade. (Grifei).

Observa-se que, além de não mais subsistir a condenação superior a dois anos de reclusão, também se reconheceu que o ex-Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA não participou da prática delitiva, sendo que seu atuar, à época dos fatos, era condizente com as práticas no âmbito da OM.

Nesse conspecto, não há qualquer razão para negar a declaração de dignidade ao militar.

Por fim, quanto às teses subsidiárias trazidas pela AGU em sua Contestação, penso tratarem de matéria alheia à competência desta Corte, porquanto, dizem respeito a questões previdenciárias e administrativas relativas a militar, não servidor da JMU.

Ante o exposto, conheço a Petição como verdadeira ação declaratória de dignidade, e defiro parcialmente o pedido de restituição do *status quo ante* do ex-Cap ROGER QUINTELLA TAMANQUEIRA, para, tão somente, declará-lo digno para o oficialato, restabelecendo seu posto e patente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento por videoconferência, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de incompetência da Justiça Militar da União; **por unanimidade**, em questão de ordem, em conhecer da Petição jurisdicional como Ação Declaratória de Dignidade; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de prescrição arguida pela Advocacia-

Geral da União e, no mérito, **por unanimidade**, em deferir parcialmente o pedido de restituição do *status quo ante* do ex-Cap Roger Quintella Tamanqueira para, tão somente, declará-lo digno para o oficialato, restabelecendo seu posto e patente.

Brasília, 29 de junho de 2021 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7000252-56.2021.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino.

Recorrente: M.P.M.

Recorridos: A. L. P. B.; E. S. M.; G. H. C.; N. L. D. N.; T. D. F. H.

Advogados: Dr. Jorge Luiz da Silva Filho, Dr. Lucas de Assis Cordeiro de Abreu Ximenes, Dr. Rodrigo da Hora Santos, Dr. Rodrigo Grossi Leopoldino, Dr. Lúsio Carlos da Silva Leandro Brandão Assis, Dr. Danilo Dionizio da Conceição Oliveira, Dr. Ricardo Granato Pereira, Dra. Nathalia Maria Silva Kruger, Dra. Vivian Machado da Rocha Sabença Dias, Dra. Rosangela Ribeiro Nogueira, Dr. Igor Cortes de Medeiros, Dr. Alex Sandro da Silveira Gonçalves e Dra. Natália Fernandes Rangel.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. DECISÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. RECONHECIMENTO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS FATOS NARRADOS NA INQUISA. CONDUÇÃO DA INVESTIGAÇÃO PELO ENCARREGADO DA INQUISA. APURAÇÃO SUMÁRIA DE FATOS. MATÉRIA COMPETENCIAL E TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. IMPROPRIEDADE. LEI Nº 13.491/2017. CRIME MILITAR POR EXTENSÃO COMETIDO POR AGENTES CIVIS. HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS II E III DO ARTIGO 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO. JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. ART. 124 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. ART. 22 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. RECURSO PROVIDO. UNANIMIDADE.

O Capítulo Único do Título II do Código de Processo Penal Militar delimita a atuação da Polícia Judiciária Militar com vistas à apuração dos crimes militares sujeitos à jurisdição militar e sua autoria (alínea "a" do artigo 8º), de sorte que, embora se admita "(...) proceder à classificação dos crimes que lhe chegarem ao conhecimento (...)", sem que isso vincule o Ministério Público Militar, tampouco a Autoridade Judiciária, a emissão de juízo de valor sobre matéria competencial refoge completamente ao escopo investigatório.

Além disso, a finalidade do inquérito policial militar, consoante a dicção do art. 9º do referido Códex Processual não é outra que não a "(...) apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria (...)", com vistas, justamente, a "(...) ministrar elementos necessários à propositura da ação penal (...)", não se prestando a sugerir providências, como no caso dos autos, não só ao titular da ação penal, como ao próprio Juízo, sobre eventual declinação de competência.

Afinal, segundo a doutrina recorrente, o objetivo precípuo da investigação conduzida pela Autoridade Policial é "(...) a formação da convicção do representante do Ministério Público (...). Sua finalidade é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo (...)". Vale dizer que "(...) o inquérito torna-se um procedimento preparatório e preventivo, sem a predominância de contorno judicial, utilizado para a proteção do indivíduo e para a colheita célere de provas perecíveis (...)".

No que diz respeito à possibilidade de capitulação nos chamados "crimes militares por extensão", introduzidos com o advento da Lei nº 13.491/2017, a inovação foi a de, justamente, ampliar o rol competencial definindo como crime militar aqueles descritos na legislação comum, o que, nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense, atrai a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do feito.

Se, por um lado, a dicção do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar conduz à conclusão de que os "crimes militares por extensão" exigem a condição de agente militar dos sujeitos ativos e/ou passivos do delito, por outro lado, o inciso III do citado dispositivo não deixa margem a dúvidas de que é possível a tipificação pelos delitos definidos na lei penal comum, nos termos do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, ao dispor que "(...) os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II (...)", nos casos em que, por exemplo, o agente civil atente contra

o patrimônio sujeito à Administração Militar ou contra a Ordem Administrativa Militar (alínea "a").

Além disso, será crime militar quando praticado pelos agentes descritos no inciso III do citado dispositivo, em local sujeito à Administração Militar contra militar ou funcionário (alínea "b"), e mesmo fora de local sujeito à Administração Militar, contra militar no exercício de função de natureza militar ou de garantia da lei e da ordem (alínea "c").

Nesse contexto, considerando o comando constitucional insculpido no art. 124, cujo teor atribui à Justiça Militar da União a competência para o processamento e o julgamento dos crimes militares definidos no Código Penal Militar, é possível que civis sejam agentes dos chamados crimes militares por extensão cometidos em local sujeito à Administração Militar.

Segundo o entendimento recorrente desta Corte Castrense, apenas a conclusão das investigações requeridas pelo Ministério Público Militar poderá tornar certa a existência ou não de supostos ilícitos penais.

Afinal, consoante a dicção do art. 22 do Código de Processo Penal Militar, mesmo esgotadas as investigações conduzidas pelo Encarregado, ainda assim, pode o representante do Ministério Público Militar não se conformar, solicitando ao juiz o retorno dos autos com vistas a dar continuidade às investigações.

Recurso em Sentido Estrito provido. Decisão por unanimidade.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, na ausência ocasional do titular, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar para, desconstituindo a Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª CJM em 22 de outubro de 2020, determinar o regular prosseguimento do Inquérito Policial Militar nº 7000633-68.2020.7.01.0001, com vistas ao cumprimento das diligências requisitadas pelo Órgão ministerial, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Vuyk de Aquino.

Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. Os

Ministros José Coêlho Ferreira e José Barroso Filho não participaram do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 27/5/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, com base no artigo 516, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar, contra a Decisão do MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 22 de outubro de 2020, proferida nos autos do Inquérito Policial Militar nº 7000633-68.2020.7.01.0001, que reconheceu, de ofício, a incompetência absoluta desta Justiça Castrense para julgar os fatos apurados na referida inquisa, sob o fundamento segundo o qual não se vislumbrou "(...) o enquadramento a quaisquer das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar (...)", e com fulcro no artigo 147 do Código de Processo Penal Militar determinou a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro.

Constam do Inquérito Policial Militar nº 7000633-68.2020.7.01.0001, dentre outros, os seguintes documentos:

1) Portaria nº 3.174/SIJ, de 23 de junho de 2020, do Comandante da Guarnição de Aeronáutica do Galeão, que determinou a abertura do Inquérito Policial Militar, a fim de apurar os fatos publicados na conta "@exposednewton", do Twitter, nos seguintes termos:

> (...) O COMANDANTE DA GUARNIÇÃO DE AERONÁUTICA DO GALEÃO, em conformidade com o item XIV do, art. 5º da Portaria nº 156/GC3, de 08 fev. 2018, publicada no BCA nº 026, de 19 fev. 2018, 2017, na qual recebeu a competência do Comandante desta Força Singular para exercer autoridade de Polícia Judiciária Militar, no âmbito do Rio de Janeiro, resolve: Art. lº Determinar a abertura do Inquérito Policial Militar nº 06/DIRAP/2020 para apurar os fatos publicados na conta "@exposednewton", do twitter, conforme informações trazidas pelos Ofícios nº 138/SDAA/3484, de 07 jun. 2020, 140/SDAA/3490, de 08 jun. 2020 e 141/SDAA/3491, de 08 jun. 2020, todos do Colégio Brigadeiro Newton Braga, delegando, para esse fim, competência à CAP QOEA SVA VANIA CRISTINA DE ARAÚJO (Nr Ord 249.178-8) como Encarregada, e à 1º TEN QOCON SJU LILIANE NOVANTA CARVALHO MOURA (Nr Ord 672.582-1) como Escrivã, devendo os trabalhos serem concluídos no prazo de 40 (quarenta) dias corridos (...);

2) Ofício nº 138/SDAA/3484, de 7 de junho de 2020, do Diretor do Colégio Brigadeiro Newton Braga, Cel Aer Carlos Eduardo Barroso Franco, solicitando "(...) a possibilidade de instaurar sindicância a fim de apurar os fatos publicados na conta do twiter '@exposednewton' (...)";

3) Ofício nº 140/SDAA/3490, de 8 de junho de 2020, do Diretor do Colégio Brigadeiro Newton Braga, Cel Aer Carlos Eduardo Barroso Franco, solicitando "(...) a possibilidade de instaurar Inquérito Policial Militar a fim de apurar os fatos publicados na conta do twiter "@exposednewton" (...)";

4) Termo de Juntada, de 30 de junho de 2020, do Escrivão do Inquérito Policial Militar, 1º Ten Aer Liliane Novanta Carvalho Moura, nos seguintes termos:

> (...) Aos trinta dias do mês de junho do ano de 2020, nesta cidade, no Centro de Transporte Logístico da Aeronáutica, Sala de reuniões do auditório – Estrada Alfredo Rocha, 495 – Ilha do Governador – Rio de Janeiro RJ, faço juntada a estes autos de 66 laudas referente aos *prints* de postagens obtidos em busca realizada no "Twitter" utilizando o parâmetro @exposednewton, que para constar, lavro este termo (...).

Em 21 de agosto de 2020, a Encarregada do Inquérito Policial Militar, Cap Aer Vania Cristina Araujo, concluiu o Relatório do citado Inquérito, nos seguintes termos:

> (...) A criação da conta surgiu a partir de postagens no Twitter de ex-alunos do Colégio Brigadeiro Newton Braga (CBNB) sobre um professor do Colégio Pedro II que também havia lecionado no Colégio Brigadeiro Newton Braga. Então, começaram a surgir postagens soltas no Twitter (fls.200; 201; 204). Na madrugada do dia 04 de jun. 2020, o ex-aluno M. V. V. C. P. postou em sua conta pessoal do Twitter conversas que teve no Instagram, de maneira privada (Direct), com o professor N. L. D. N. do Colégio Brigadeiro Newton Braga (fls.204; 226; 227; 228). Depois disso, a conta @exposednewton do Twitter foi criada (segundo as testemunhas, não se sabe quem foi o seu criador) e, provavelmente, tiveram alguns administradores da conta (fls. 136). Durante o dia, houve várias postagens de supostos fatos acontecidos no CBNB de alunos e ex-alunos até o dia seguinte, quando a conta tornou-se inativa no Twitter (fls. 27 e 582). Segundo a própria conta, a finalidade das postagens era: "Aqui você pode mandar seus relatos de assédio e abusos tanto físicos como morais, pela dm e iremos manter sua identidade anônima" (fls. 29).
>
> (...)
>
> Conclui-se a possibilidade de ter ocorrido algum delito que não compete o enquadramento como crime tipificado no Código Penal Militar pelos motivos já expostos nas considerações iniciais. Recomenda-se a abertura de processo administrativo separado dos demais fatos deste IPM para a análise mais detalhada do ocorrido, tendo em vista que não foi possível descartar as existências dos atos declarados nos termos das testemunhas. Por fim, além das conclusões individuais de cada funcionário do Colégio Brigadeiro Newton Braga, deve-se, para tanto, o presente procedimento investigatório ser distribuído à Justiça Militar da

> União (JMU), para que o Ministério Público Militar possa emitir a *opinio delicti*, e eventualmente, possa solicitar ao juízo castrense o declínio da competência para a persecução penal na justiça criminal federal (...).

Em 24 de agosto de 2020, o Comandante da GUARNAE-GL, Maj Brig Ar Valdir Eduardo Tuckumantel Codinhoto, apresentou Solução do Inquérito Policial Militar, nos seguintes termos:

> (...) Pelas conclusões das averiguações policiais a que mandei proceder por intermédio do CAP QOEA SVA VANIA CRISTINA DE ARAUJO através da Portaria DIRAP nº 3.174/SIJ, de 23 de junho de 2020, verifica-se, pelas conclusões que os fatos apurados não constituem crime capitulado no Código Penal Militar.
>
> (...)
>
> Resolvo, pois, acolher o parecer da encarregada e determinar as seguintes medidas administrativas:
>
> 1. a abertura de processo administrativo individualizado para os funcionários Civis supra identificados para a análise mais detalhada de cada fato ocorrido tendo em vista que não foi possível descartar as existências dos atos declarados nos termos das testemunhas, a fim de verificar a existência de falta disciplinar;
>
> 2. a Seção de Investigação e Justiça para que se publique a Solução do Inquérito em Boletim Interno de Informações Pessoais;
>
> 3. que seja distribuído à Justiça Militar da União o presente procedimento;
>
> 4. que seja remetido a cópia do presente procedimento ao Colégio Newton Braga "para a instauração de processo administrativo Disciplinar";
>
> 5. que seja remetido a cópia do presente procedimento a DIRENS (Diretoria de Ensino) para conhecimento (...).

Concluído o Inquérito Policial Militar, os autos foram remetidos à 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar.

Em 22 de setembro de 2020, o Ministério Público Militar requereu e teve deferido pedido de prorrogação de prazo para a análise do material apresentado na investigação.

Já no dia 20 de outubro de 2020, o Órgão ministerial manifestou-se requerendo diligências, nos seguintes termos:

> (...) Trata-se de Inquérito Policial Militar instaurado por intermédio da Portaria 3.174/SIJ, de 23/06/2020, da lavra do Exmo. Sr. Comandante da Guarnição de Aeronáutica do Galeão, Maj Brig do Ar Valdir Eduardo Tuckumantel Codinhoto, para apurar supostos abusos físicos e sexuais perpetrados por servidores do Colégio Militar Brigadeiro Newton Braga da Força Aérea Brasileira contra alunos da instituição.

> Os fatos sob investigação vieram à tona após publicação, e posteriores comentários, na conta anônima "exposednewton" na rede social Twitter entre dia 04 e 05 de junho de 2020.
>
> Após investigação que incluiu, dentre outras providências, a reunião das postagens realizadas e diversas oitivas de autores identificados e supostos autores concluíram a Encarregada (relatório nos eventos 156 e 157) e Sr. Comandante (Solução de IPM no evento 161) pela inexistência de crime militar com base na Súmula 298 do STF (evento 158) e determinando a abertura de procedimentos administrativos individualizados em face alguns servidores civis da instituição.
>
> as (sic) opiniões expressadas bem como a citada jurisprudência da Suprema Corte, mas as condutas, se perpetradas, estão sujeitas à competência da Justiça Militar da União por força da Lei 13.491/17, plenamente em vigor, que alterou a redação do art. 9º do Código Penal Militar (CPM) aumentou o rol de crimes militares e ampliou a competência da Justiça Militar trazendo uma nova categoria de crimes militares por extensão.
>
> Pelo exposto, reafirmando a competência desta Justiça Castrense, requeiro a baixa dos autos à autoridade policial a quem requisito juntar aos autos cópias integrais dos procedimentos administrativos instaurados no âmbito do Colégio Militar Newton Braga em face dos servidores civis (...).

Em 22 de outubro de 2020, o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar proferiu Decisão nos seguintes termos:

> (...) Trata-se de Inquérito Policial Militar instaurado, em 23 de junho de 2020, por determinação do Comandante da Guarnição de Aeronáutica do Galeão, com a finalidade de apurar fatos publicados na conta "@exposednewton", no twitter, envolvendo servidores do Colégio Militar Brigadeiro Newton Braga, da Força Aérea Brasileira.
>
> Com vista do feito, o Ministério Público Militar assim discorreu, requerendo, em seguida, a baixa dos autos, para fins de diligências (...)
>
> (...)
>
> Segundo o encarregado, a conta criada na rede social destinava-se a expor:
>
>> (...) assédios e abusos tanto físico como morais sofridos pelos alunos e ex-alunos do Colégio Brigadeiro Newton Braga. Houve várias postagens de alunos e ex-alunos até o dia seguinte, quando a conta tornou-se inativa no Twitter. Essas postagens relatavam fatos que aconteceram entre alunos/ex-alunos e professores e inspetores da instituição.
>>
>> Registre-se que os investigados e as supostas vítimas são civis.

> Com o advento da Lei nº 13.491/17, houve ampliação da competência da Justiça Castrense para processar e julgar crimes previstos na legislação penal comum, além dos previstos em leis extravagantes, nascendo, assim, a categoria dos crimes militares por extensão. Porém, para que seja esta Justiça competente, deve ser verificada a subsunção do comportamento do agente – inclusive o civil, mesmo em tempo de paz –, a uma das hipóteses elencadas no artigo 9º do Código Penal Militar.
>
> Deve-se ressaltar que não configura a prática de crime militar em razão de – pura e simplesmente – o fato ter ocorrido em local sujeito à administração militar, pois o artigo 9º do Código Penal Militar exige o concurso de outra circunstância para a fixação de competência desta Justiça especializada, especialmente o envolvimento de um militar, na condição de autor do fato ou de vítima. No presente caso, portanto, não vislumbro o enquadramento a quaisquer das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar, devendo ser reconhecida, de ofício, a incompetência absoluta desta Justiça Castrense.
>
> ISTO POSTO, com fulcro no artigo 147 do Código de Processo Penal Militar, determino a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro (...).

Intimado da Decisão em 26 de outubro de 2020, o Órgão ministerial interpôs o presente Recurso, tempestivamente, em 27 de outubro de 2020, o qual foi recebido pelo Juízo *a quo* em 29 de outubro de 2020.

Em suas Razões, o Ministério Público Militar requereu "(...) seja declarada a nulidade da decisão que prematuramente reconheceu a incompetência da Justiça Militar e determinado o retorno e baixa dos autos para o cumprimento da diligência requisitada e prosseguimento do feito (...)". Em sua argumentação, sustentou que:

> (...) Os fatos narrados no IPM sob exame vieram à tona por intermédio de declarações, e posteriores comentários, na conta anônima "exposednewton" na rede social Twitter, entre os dias 04 e 05 de junho de 2020, que narravam supostos "abusos físicos e sexuais" perpetrados por servidores do Colégio Militar Newton Braga, da Força Aérea Brasileira, localizado na Capital do Estado do Rio de Janeiro.
>
> O relatório do encarregado (evento 4, itens 156/157), ouvindo os indiciados e algumas testemunhas opinou pela inocorrência de crimes militares.
>
> Após requerimento de diligência pelo MPM (evento 12) o Exmo. Sr. Juiz Federal da Justiça Militar, de ofício, se declarou incompetente e determinou a ida dos autos ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
>
> Não parece existir qualquer dúvida de que no ordenamento jurídico brasileiro o destinatário da investigação policial, inclusive a policial-militar, é o Ministério Público, cabendo a esta instituição, por

intermédio do Membro atuante, definir sua permanência para além do relatório inicial da autoridade policial e o eventual arquivamento.

A despeito da importância da matéria, de ordem pública e arguível a qualquer tempo, a declaração da incompetência, nesse momento, é precipitada em função da não ultimação das investigações que terá exatamente o escopo de identificar os reais envolvidos em fatos temerários que, a toda evidência maculam o universo militar. Daí a necessidade do prosseguimento dos autos provisionais ainda que com eventual desfecho declinatório.

A respeitável Decisão atacada, declaração de incompetência, afasta da investigação o promotor natural, restando nula e constituindo-se em verdadeiro arquivamento à revelia do *Parquet* especializado uma vez que o priva de, seguindo com a investigação, obter, dentre outras informações:

1. A eventual participação de militares nos fatos sob exame uma vez que nem todos os citados na investigação já foram ouvidos.

2. A eventual responsabilidade da direção da escola, composta em parte por militares.

3. Se porventura inverídicos os fatos investigados, a responsabilidade dos noticiantes em relação às instituições militares.

DO PREQUESTIONAMENTO

Ante a potencial violação do princípio do promotor natural, princípio constitucional implícito que decorre do princípio do juiz natural previsto no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, *in verbis*: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, o Ministério Público Militar prequestiona a matéria constitucional envolvida na presente causa, para efeitos de eventual recurso extraordinário (...)".

Em Contrarrazões, a Defesa Constituída do indiciado Civil N. L. D. N. requereu a "(...) extinção do Inquérito Policial Militar (...)", considerando que "(...) o indiciado é civil (...)"; que "(...) não houve qualquer tentativa de vulneração de bem jurídico caro ao serviço e ao meio militar (...)"; que "(...) as conversas expostas nas redes sociais ocorreram após a saída dos alunos da instituição militar e com cunho pessoal (...)"; bem como pelo fato de "(...) não haver qualquer hierarquia entre os envolvidos, todos maiores de idades, portanto, não havendo cometimento de crime algum (...)".

Em Contrarrazões, a Defesa Constituída dos indiciados E. S. M., G. H. C. e A. L. P. B. requereu que "(...) seja negado provimento ao recurso interposto (...)", uma vez que "(...) não se vislumbra, *in casu*, algum suposto crime cometido por civil que seja de competência da Justiça Militar (...)".

Em Contrarrazões, a Defesa Constituída do indiciado T. D. F. H. requereu que "(...) seja negado provimento ao recurso ministerial, mantendo-se a r. decisão por seus próprios fundamentos (...)".

Na fase do art. 520 do CPPM, em Juízo de Retratação, o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª CJM manteve a Decisão hostilizada proferida no evento 14 "(...) pelos fundamentos lá expostos (...)", e determinou o encaminhamento do presente Recurso a esta Corte Castrense.

Em Parecer da lavra da Exma. Sra. Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Hermínia Célia Raymundo, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo "(...) provimento do vertente Recurso em Sentido Estrito, para que seja reformada a r. Decisão atacada, reconhecendo-se a competência dessa Justiça Militar da União para processamento e o julgamento dos fatos constantes no IPM nº 7000633-68.2020.7.01.0001.".

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso estão preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Decisão do MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª CJM, de 22 de outubro de 2020, proferida nos autos do Inquérito Policial Militar nº 7000633-68.2020.7.01.0001, que reconheceu, de ofício, a incompetência absoluta desta Justiça Castrense para julgar os fatos, sob alegação de que não se vislumbrou "(...) o enquadramento a quaisquer das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar (...)", e com fulcro no artigo 147 do Código de Processo Penal Militar determinou a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro.

Antes de adentrar no mérito recursal, impende salientar que a análise dos autos do Inquérito Policial Militar revelou, ao meu sentir, indevida condução das conclusões apresentadas pela Encarregada à Autoridade que determinou a instauração da referida investigação, notadamente naquilo que diz respeito à impropriedade da discussão acerca da competência desta Justiça Especializada para a apuração dos fatos, mormente porque incumbe ao Órgão ministerial, enquanto titular da ação penal militar, a primazia da tipificação com vistas ao oferecimento da Peça Acusatória, o que, aí sim, será submetido ao Juízo para eventual análise da competência e esta, ainda assim, sujeita ao grau de revisão, senão, vejamos.

Conforme se extrai do Relatório final do citado Inquérito, a Encarregada teceu algumas considerações, a primeira das quais relativa à classificação da Instituição de Ensino (Colégio Brigadeiro Newton Braga) como sendo uma Organização de Ensino Assistencial vinculada ao Comando da Aeronáutica. Entretanto, a partir disso, concluiu que:

> (...) Considerando os fatos apurados não tiveram como o (sic) objetivo atingir a instituição militar, pois ocorreram entre alunos/ex-alunos e funcionários do CNBB.
>
> Considerando que as testemunhas deste IPM são civis.
>
> Considerando que os investigados deste IPM são servidores públicos federais, ou seja, funcionários civis.
>
> Considerando que a súmula nº 289 do STF diz que o legislador ordinário só poderá sujeitar civis à justiça militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares.

Em seguida, para cada um dos envolvidos, a Encarregada conclui pela "(...) possibilidade de ter ocorrido algum delito que não compete o enquadramento como crime tipificado no Código Penal Militar pelos motivos já expostos nas considerações iniciais (...)" e arremata recomendando a "(...) abertura de processo administrativo separado dos demais fatos deste IPM (...)", bem como que o procedimento investigatório seja distribuído à Justiça Militar da União com vistas a que o "(...) Ministério Público Militar possa emitir a *opinio delicti*, e, eventualmente, possa solicitar ao juízo castrense o declínio da competência para a persecução penal na justiça criminal federal (...)".

Percebe-se, pois, a absoluta impropriedade da conclusão apresentada pela Encarregada do Inquérito Policial Militar, notadamente naquilo que se refere à matéria competencial, cujos argumentos, é bom que se diga, não são sequer consentâneos com a reiterada jurisprudência desta Corte Castrense, tampouco do próprio Excelso Pretório que em diversos julgados relativizou a aplicação do citado verbete sumular nº 289.

A propósito, tais argumentos tampouco foram considerados pelo Juízo de primeiro grau que, diga-se, fundamentou a sua Decisão pela declinação de competência em razão de que, nos chamados "delitos militares por extensão", consoante disposto no inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, com a recente alteração conferida pela Lei nº 13.491/2017, exige-se não só que o fato tenha ocorrido em local sujeito à Administração Militar, como no caso em exame, mas também o concurso de outra circunstância para a fixação da competência, qual seja, o "(...) envolvimento de um militar, na condição de autor do fato ou de vítima (...)", justamente o objeto do presente Recurso, que será abordado oportunamente.

Nada obstante, sobre a apontada impropriedade das conclusões expendidas pela Encarregada do Inquérito Policial Militar, releva notar que o Capítulo Único do Título II do Código de Processo Penal Militar delimita a atuação da Polícia Judiciária Militar com vistas à apuração dos crimes militares sujeitos à jurisdição militar e sua autoria (alínea "a" do artigo 8º), de sorte que, embora se admita "(...) proceder à classificação dos crimes que lhe chegarem ao conhecimento (...)", sem que isso vincule o Ministério Público Militar, tampouco a Autoridade Judiciária, a emissão de juízo de valor sobre matéria competencial refoge completamente ao escopo investigatório.

Além disso, a finalidade do inquérito policial militar, consoante a dicção do art. 9º do referido Códex Processual, não é outra que não a "(...) apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria (...)", com vistas, justamente, a "(...) ministrar elementos necessários à propositura da ação penal (...)", não se prestando a sugerir providências, como no caso dos autos, não só ao titular da ação penal, como ao próprio Juízo, sobre eventual declinação de competência.

Afinal, o objetivo precípuo da investigação conduzida pela Autoridade Policial é "(...) a formação da convicção do representante do Ministério Público (...) Sua finalidade é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal promovê-la em juízo (...)" (Guilherme de Souza Nucci. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais. 2013. São Paulo. pp. 43/44). E arremata o insigne doutrinador, afirmando que "(...) o inquérito torna-se um procedimento preparatório e preventivo, sem a predominância de contorno judicial, utilizado para a proteção do indivíduo e para a colheita célere de provas perecíveis (...)" (ob. cit., p. 44).

A propósito, é justamente o que ficou estampado no próprio Relatório da citada inquisa ao ser destacado que o objetivo do Inquérito Policial Militar era a apuração dos fatos "(...) publicados na conta exposednewton do Twitter, conforme informações trazidas pelos Ofícios nº 138/SDAA/3484, de 07 jun. 2020 e nº 140/SDAA/3490, de 08 jun. 2020 e nº 141/SDAA/3491, de 08 jun. 2020, todos do Colégio Brigadeiro Newton Braga.".

Todavia, apurados os fatos, a conclusão adentrou em seara absolutamente inapropriada e dissociada do próprio objeto, notadamente no que se refere à matéria competencial, porquanto já destacado anteriormente, não consonante com a reiterada orientação jurisprudencial desta Corte Castrense. Além disso, se imiscuiu na própria atribuição do Órgão ministerial ao propor ao *Parquet Miliciem* que eventualmente solicitasse "(...) ao juízo castrense o declínio da competência para a persecução penal na justiça criminal federal.", o que não só não foi acolhido pelo Ministério Público

Militar, porquanto, além de ter solicitado diligências complementares à Autoridade Policial Militar, é Parte autora do presente Recurso, muito menos o foi pelo Juízo de primeiro grau, que, apesar de declinar da competência, fê-lo sob fundamento diverso do que defendido na conclusão da investigação.

Releva notar a dicção do art. 22 do Código de Processo Penal Militar, que bem delimita a atuação do Encarregado e o objetivo das investigações, segundo o qual:

> (...) Relatório
>
> Art. 22. O inquérito será encerrado com minucioso relatório, em que o seu encarregado mencionará as diligências feitas, as pessoas ouvidas e os resultados obtidos, com indicação do dia, hora e lugar onde ocorreu o fato delituoso. Em conclusão, dirá se há infração disciplinar a punir ou indício de crime, pronunciando-se, neste último caso, justificadamente, sobre a conveniência da prisão preventiva do indiciado, nos termos legais (...).

Perceba-se, portanto, o alcance das investigações e principalmente a sua finalidade que é a de subsidiar a *opinio delicti* do titular da ação penal militar, jamais pronunciar-se sobre matéria competencial.

Feitas essas considerações iniciais, passo à análise do Recurso ministerial, cujo teor insurgiu-se contra a Decisão prolatada pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª CJM.

Em suas Razões, o Ministério Público Militar requereu "(...) seja declarada a nulidade da decisão que prematuramente reconheceu a incompetência da Justiça Militar e determinado o retorno e baixa dos autos para o cumprimento da diligência requisitada e prosseguimento do feito (...)" e prequestionou o Princípio do Promotor Natural decorrente do "(...) princípio do juiz natural previsto no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, *in verbis*: 'ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente' (...)".

Assiste razão ao Órgão ministerial.

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito à correta interpretação das mudanças promovidas pela novel Lei nº 13.491/2017, notadamente no que se refere à definição dos chamados crimes militares por extensão, haja vista a Decisão do Juízo de primeiro grau ter sido pautada no alcance do inciso II do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense.

Pois bem, segundo fundamentou o Magistrado de primeira instância, sendo os investigados e as vítimas cidadãos civis, a partir do advento da citada legislação:

> (...) houve ampliação da competência da Justiça Castrense para processar e julgar crimes previstos na legislação penal comum, além dos previstos em leis extravagantes, nascendo, assim, a categoria dos crimes militares por extensão. Porém, para que seja esta Justiça competente, deve ser verificada a subsunção do comportamento do agente – inclusive o civil, mesmo em tempo de paz –, a uma das hipóteses elencadas no artigo 9º do Código Penal Militar.
>
> Deve-se ressaltar que não configura a prática de crime militar em razão de – pura e simplesmente – o fato ter ocorrido em local sujeito à administração militar, pois o artigo 9º do Código Penal Militar exige o concurso de outra circunstância para a fixação de competência desta Justiça especializada, especialmente o envolvimento de um militar, na condição de autor do fato ou de vítima. No presente caso, portanto, não vislumbro o enquadramento a quaisquer das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar, devendo ser reconhecida, de ofício, a incompetência absoluta desta Justiça Castrense.
>
> ISTO POSTO, com fulcro no artigo 147 do Código de Processo Penal Militar, determino a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro (...).

Vale dizer que, segundo a Autoridade Judicial cuja Decisão foi questionada perante esta Corte Castrense, além do fato ter ocorrido em local sujeito à Administração Militar, a fixação da competência desta Justiça Especializada exigiria a condição de militar do agente, consoante disposto no inciso II do artigo 9º do referido Códex Repressivo.

Todavia, esse entendimento se contrapõe à reiterada jurisprudência desta Corte Castrense, mormente porque, se por um lado a dicção do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar conduz à conclusão de que os "crimes militares por extensão" exigem a condição de agente militar dos sujeitos ativos e/ou passivos do delito, por outro lado, o inciso III do citado dispositivo não deixa margem a dúvidas de que, tal como no caso em exame, é possível a tipificação pelos delitos definidos na lei penal comum, nos termos do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar ao dispor que "(...) os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II (...)", nos casos em que, por exemplo, o agente civil atente contra o patrimônio sujeito à administração militar ou contra a ordem administrativa militar (alínea "a").

Além disso, será crime militar quando praticado pelos agentes descritos no inciso III do citado dispositivo, em local sujeito à Administração Militar contra militar ou funcionário (alínea "b"), e mesmo fora de local sujeito à Administração Militar, contra militar no exercício de função de natureza militar ou de garantia da lei e da ordem (alínea "c").

Nesse contexto, considerando o comando constitucional insculpido no art. 124, cujo teor atribui à Justiça Militar da União a competência para o processamento e o julgamento dos crimes militares definidos no Código Penal Militar, é inegável que, sob o ponto da vista das investigações conduzidas pela Autoridade encarregada em sede de Inquérito Policial Militar, a despeito das conclusões ali expendidas, em preliminar análise, é sim possível que civis sejam agentes dos chamados crimes militares por extensão cometidos em local sujeito à Administração Militar, tal como no caso dos autos.

Corrobora essa conclusão recente precedente desta Corte Castrense, julgado em 10 de setembro de 2020. Trata-se do Recurso em Sentido Estrito nº 7000018-11.2020.7.00.0000, da lavra da eminente Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, assim ementado:

> EMENTA: RECURSO INOMINADO. ARTIGO 146 DO CPPM. AUTUAÇÃO COMO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. *EXCEPTIO INCOMPETENTIAE RATIONE MATERIAE*. ADVENTO DA LEI Nº 13.491/2017. CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO. DELITO PREVISTO NA LEI Nº 8.666/93. INDICIADOS CIVIS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.
>
> A *quaestio* sub examine verte-se sobre a nova definição de crime de natureza militar, após a alteração redacional do inciso II do art. 9º do *Codex Milicien*; e sobre o exercício da competência constitucional e legal desta Justiça Militar da União para apreciar, no contexto previsto no Diploma Adjetivo, os delitos capitulados no Código Penal comum e em Legislação Especial praticados por civis.
>
> A *lex materiae milicien* não se limitou a descrever como delitos de competência da Justiça Penal Especial somente aqueles considerados "estritamente militares". Igualmente, o Diploma Substantivo abarcou os crimes de tipificação indireta e, com o advento da Lei nº 13.491/2017, os denominados "crimes militares por extensão".
>
> Resta inconteste que a novel redação do art. 9º, inciso II, do CPM, atenta às peculiaridades dos bens jurídicos militares federais, redefiniu o conceito de crime de natureza militar e ampliou significativamente a competência desta Justiça castrense, inexistindo para tanto regras competencionais distintas quanto ao *status* do agente.
>
> Sem embargo, com a edição da Lei nº 13.491/17, os crimes previstos na Lei de Licitações passaram a ser processados e julgados pela JMU, sempre que praticados em detrimento de patrimônio sob administração militar ou contra a ordem administrativa militar, pelo que resta inquestionável a atração da competência desta Justiça especializada federal.
>
> Desprovimento do recurso ministerial. Decisão por unanimidade. (Grifos nossos).

Conforme se extrai do voto condutor do citado Acórdão, tal como firmado no entendimento do Magistrado de primeiro grau, o Representante do Órgão ministerial que atuou naquele feito:

> (...) Em seu arrazoado, sustentou que a mudança legislativa trazida pela Lei nº 13.491/2017, que definiu os "crimes previstos na legislação penal" como militares, aplica-se unicamente a delitos perpetrados por militares da ativa, razão pelo qual competiria à Justiça Federal de Pernambuco o processamento e o julgamento de civis, indiciados por suposta fraude em procedimento licitatório realizado pela 7ª RM.

Todavia, fundamentou a eminente Ministra, no que foi acompanhada pela unanimidade dos integrantes do Plenário desta Corte:

> (...) *Data maxima venia*, entendo como equivocada a irresignação ministerial, mormente em face de imperativo legal insculpido no art. 9º, inciso III, do CPM, que descarta os argumentos expendidos.
>
> *Ab initio*, impende relembrar que as regras competencionais seguem parâmetros definidos em legislação.
>
> Elucidam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho que:
>
>> A função jurisdicional, que é uma só e atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para o processo: por meio das regras constitucionais e legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la, em concreto.
>
> Pois bem, consabido que a Magna Carta, em seu art. 124, embora não explicite a matéria 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*. Vê-se que 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, em estrita observância à Lei Maior, crime militar é o previsto como tal pelo Código Penal Castrense. Transcrevo o art. 9º do CPM, *in litteris*:
>
>> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>>
>> I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

> II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal (...);
>
> 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 (...) (Grifo nosso).

Como se vê, a *lex materiae milicien* não se limitou a descrever como delitos de competência da Justiça Penal Especial somente aqueles considerados "estritamente militares". Igualmente, o Diploma Substantivo abarcou os crimes de tipificação indireta e, com o advento da Lei nº 13.491/2017, os denominados "crimes militares por extensão".

Dúvidas não restam de que, antes das inovações promovidas no *Codex*, a competência desta Justiça Especial restringia-se aos delitos própria e impropriamente militares. Por certo, ainda que um ilícito fosse cometido contra as Forças Armadas, se ele não restasse capitulado na legislação penal castrense, não competiria à JMU o seu processamento e julgamento.

Todavia, ao revés do alegado pelo Órgão ministerial, resta inconteste que a novel redação do art. 9º, inciso II, do CPM, atenta às peculiaridades dos bens jurídicos militares federais, redefiniu o conceito de crime de natureza militar e ampliou significativamente a competência desta Justiça castrense, abarcando delitos que outrora não lhe competiam, a exemplo dos crimes ambientais (Lei nº 9.605/98), dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), dos crimes da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97), dos crimes previstos na Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93), inexistindo para tanto regras competencionais distintas quanto ao status do agente.

Do referido voto condutor, ainda é possível identificar a doutrina de Jorge César de Assis, para quem:

> (...) Com o advento da Lei 13.491/2017, houve um impacto no tocante ao conceito de crime militar impróprio. Ao dar ao inc. II, do art. 9º, deste Código uma redação muito mais ampla, a alteração legislativa mudou o conceito até então pacífico sobre o que seria o crime militar impróprio.
>
> Este, sempre se caracterizava quando um fato típico estivesse previsto, ao mesmo tempo no CPM embora também estivesse, com igual definição na lei penal comum. Os exemplos eram facilmente identificáveis: furto, lesão corporal, injúria, difamação, calúnia etc.
>
> Agora, o legislador abandonou a expressão «embora também o sejam com igual definição na lei penal comum», para agasalhar a expressão «e os previstos na legislação penal», significando que não mais existe necessidade de identidade de definição penal, criando outra categoria de crime militar, que passa a ser, qualquer crime previsto na legislação penal [Código Penal e legislação extravagante específica], a

> ensejar o processo e julgamento por uma Justiça Especial, a castrense. (*Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra. 10. ed. Curitiba. Juruá. 2018. p. 116).

Seguindo a mesma linha de entendimento, Renato Brasileiro destaca que:

> (...) A primeira vista, fica a impressão de que o acréscimo dessa nova competência da Justiça Militar para o processo e julgamento dos crimes previstos na legislação penal não poderia ser aplicado aos crimes militares cometidos por civis, definidos no inciso III do art. 9º do CPM. Isso porque a mudança legislativa produzida pela Lei n. 13.491/17 ficou restrita ao inciso II do art. 9º, que trata dos crimes militares cometidos por militares da ativa. No entanto, não podemos nos olvidar que, ao se referir aos crimes militares cujo sujeito ativo pode ser um civil, o inciso III do art. 9º do CPM preceitua que serão considerados crimes militares aqueles praticados contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos casos ali mencionados.
>
> Como se percebe, o inciso III do art. 9º do CPM traz para si o conceito de crimes militares do inciso II. (*Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. Salvador. JusPODIVM. 2019. p. 386).

Percebe-se, pois, que o tema é palpitante e divide opiniões sendo certo que no citado precedente oriundo da Auditoria da 7ª CJM, a discordância foi suscitada pelo próprio Representante do *Parquet*, cujo posicionamento, contrário ao do Magistrado que referendou a competência desta Justiça Especializada, assentou que o fato de os agentes não serem militares afastava a competência desta Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento de feito cujo crime foi capitulado na Lei de Licitações, nos termos do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar.

Ocorre, no entanto, que, no que tange à matéria competencial versada nos presentes autos, a configuração de crime militar exige a existência de fato típico, antijurídico e culpável, não bastando o enquadramento da conduta praticada no tipo penal, mas também que ela encontre perfeita adequação a uma das situações previstas no art. 9º do Código Penal Militar, uma vez que "(...) À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei (...)" (art. 124 da Constituição Federal), entendendo-se como "lei" o Estatuto Repressivo Castrense.

Não se pode olvidar que a fixação da competência desta Justiça Especializada está umbilicalmente ligada aos bens jurídicos tutelados no Código Penal Militar, notadamente, a saúde, o patrimônio, a fé pública, a dignidade sexual, e outros, além de assegurar a ordem, a hierarquia e a disciplina castrenses, preceitos de índole constitucional com base nos quais são forjados

os militares das Forças Armadas, nos termos do art. 142 da Carta Magna. Tudo com o objetivo de preservar as próprias Instituições Militares Federais, a sua atividade e os seus integrantes.

Conforme destacou com precisão Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais. 2013. São Paulo. p. 17):

> (...) O Código Penal Militar tutela, igualmente, variados bens jurídicos, porém, sempre mantendo escalas: num primeiro plano, por se tratar de ramo específico do direito penal, tem por bem jurídico constante, presentes em todas as figuras típicas, de modo principal ou secundário, o binômio hierarquia e disciplina, bases organizacionais das Forças Armadas (art. 142, *caput*, CF); num segundo plano, não menos relevante, os demais, como vida, integridade física, honra, patrimônio etc.. A constatação dos valores de hierarquia e disciplina, como regentes da carreira militar, confere legitimidade à existência do direito penal militar e da Justiça Militar (arts. 122 a 124, CF) (...).

Assim, no que diz respeito à possibilidade de capitulação nos chamados "crimes militares por extensão", introduzidos com o advento da Lei nº 13.491/2017, a inovação foi a de justamente ampliar o rol competencial definindo como crime militar aqueles descritos na legislação comum, o que, nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 9º do Estatuto Repressivo Castrense, atrai a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do feito.

As conclusões até aqui expendidas seriam suficientes para o acolhimento do pleito ministerial. Todavia, ainda que houvesse entendimento contrário ao que aqui se vem delineando, mesmo assim o Recurso ministerial merece acolhida, mormente porque a Decisão declinatória do Juízo de primeiro grau foi prematura, uma vez que prolatada num contexto no qual o Órgão ministerial, titular da ação penal militar, nos termos do inciso I do artigo 129 da Constituição Federal, havia requerido diligências à Autoridade Policial Militar com vistas a formar sua convicção acerca de eventual delito, bem como sobre eventual concurso de pessoas, aí incluídos militares.

Vale dizer que a jurisprudência dos Pretórios é firme no sentido de que "(...) O acusado se defende dos fatos descritos na denúncia e não de sua classificação jurídica. Precedentes." (Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4093/AP, Relator: Ministro Roberto Barroso, DJe: 18/05/2016). Nessa mesma linha de entendimento é a doutrina do Professor Eugênio Pacelli, para quem, inclusive, (*Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro. Lumem Juris. 2009. p. 137):

> (...) o equívoco na capitulação ou tipificação não é causa de inépcia da denúncia ou queixa, precisamente em razão de prever a lei a possibilidade da *emendatio libelli*, ou seja, a correção e adequação da classificação do crime a ser feita pelo juiz da causa, no momento da sentença (art. 383 do CPP).

A propósito, consoante a dicção do artigo 437, alínea "a", do Código de Processo Penal Militar, eventual correção da capitulação jurídica promovida pelo Órgão acusatório, se necessária, deverá ser levada a efeito por ocasião da prolação da Sentença. Nesse sentido é o entendimento do Excelso Pretório, segundo o qual:

> (...) não é lícito ao juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas um juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar. (Habeas Corpus nº 87.324, Ministra Cármen Lúcia, DJ: 18/05/2007).

Note-se que, no caso em exame, sequer foram concluídas as investigações, segundo a ótica do titular da ação penal militar, tanto assim que requereu diligências complementares para a formação da *opinio delicti*. Ainda assim, o Juízo de primeiro grau concluiu, precipitadamente, não só que a eventual propositura de ação penal militar refoge à competência desta Justiça Especializada, como também, por via de consequência, afastou do Ministério Público Militar a sua prerrogativa de Órgão investigador.

Afinal, se, por um lado, a citada Decisão contraria entendimento recorrente desta Corte Castrense no sentido de que "(...) apenas a conclusão das investigações requeridas pelo Ministério Público Militar poderá tornar certa a existência ou não, de supostos ilícitos penais (...)" (Habeas Corpus nº 7000798- 19.2018.7.00.0000, Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, DJe: 12/12/2018), o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do seu Tribunal Pleno, erigiu e legitimou o Ministério Público como Órgão de investigação na esteira do seguinte julgado:

> Recurso Extraordinário nº 593727 MG (DJe: 04/09/2015)
>
> Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes
>
> EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PENAL E PROCESSUAL PENAL. <u>PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO</u>.
>
> 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *Parquet* estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual,

> administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição". Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria (...). (Grifos nossos).

No mesmo sentido, esta Corte Castrense assim também se pronunciou:

> Mandado de Segurança nº 0000164-89.2011.7.00.0000 (DJ: 20/12/2011)
>
> Relator: Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos
>
> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO.
>
> (...) 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, nos termos do art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/96 (...).
>
> *Mandamus* conhecido e concedida a ordem. (Grifo nosso).

Ainda acerca do momento no qual foi prolatada a Decisão declinatória da competência, vale dizer, em resposta ao pedido de diligências complementares requisitada pelo Ministério Público Militar após o recebimento do Relatório do Inquérito Policial Militar, destaco o escólio de Guilherme de Souza Nucci quando comentou o art. 22 do Código de Processo Penal Militar, dando conta de que, mesmo esgotadas as investigações conduzidas pelo Encarregado, ainda assim:

> (...) pode o representante do Ministério Público Militar não se conformar, solicitando ao juiz o retorno dos autos à delegacia, para a continuidade das investigações, devendo, nesse caso, indicar expressamente o que deseja. Se a autoridade policial declarou encerrados os seus trabalhos, relatando o inquérito, não é cabível que os autos retornem para o prosseguimento, sem que seja apontado o caminho desejado. (ob. cit., p. 61).

E foi nesses termos que a Representante do Ministério Público Militar em atuação da 3ª Auditoria da 1ª CJM requereu novas diligências à Autoridade Policial.

Conforme destacou o *Custos Legis*:

> (...) Primeiramente, é sabido que a competência dessa Justiça Militar da União é fixada em razão do delito militar (*ratione materiae*) e não em razão da qualidade do sujeito ativo, nos termos do previsto no art. 124 da CF/88, o qual estabelece a competência dessa Justiça Especializada para o processamento e julgamento de crimes militares definidos em lei, ou seja, em tese, qualquer agente (militar ativo, inativo/reformado, civil) pode cometer um delito militar.
>
> Em complemento à citada previsão constitucional, o Código Penal Militar estabelece nos incisos e parágrafos do art. 9º os delitos considerados militares, em tempo de paz, inclusive os previstos na legislação penal comum, conforme ampliação recente trazida pela entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017.
>
> Portanto, em contraposição ao *Decisum* vergastado, observa-se que a vontade do legislador pátrio foi justamente a incorporação de novos delitos na JMU, com a ampliação de sua competência, sem distinção do autor do delito, que como já dito pode ser civil, conforme previsão expressa no *caput* do inciso III do art. 9º no sentido de que este também engloba os delitos compreendidos nos inciso I e II do mesmo dispositivo.
>
> No caso, as denúncias feitas, via rede social, apontam para graves ilícitos contra a dignidade da pessoa, liberdade sexual e honra, supostamente praticados em área sob a administração militar, qual seja, o Colégio Militar Brigadeiro Newton Braga, cuja autoria delitiva recai sobre alguns professores civis da citada instituição de ensino militar em face de alunos, inclusive menores de idade à época dos fatos, ou seja, com clara

> afronta à ordem administrativa militar (prestígio moral das FFAA), conforme art. 9º, incisos I e II c/c III, alínea "a", tudo do CPM, o que a toda evidência atrai a competência dessa Justiça Militar.
>
> Outrossim, a prematura declinação de competência, de fato, subtraiu do *Dominus litis* (art. 129, inc. I, da CF/88) a necessária elucidação dos graves fatos em apuração, os quais em tese atingem a ordem administrativa militar, quer seja confirmando-se a autoria e materialidade delitivas, quer seja ampliando-se os sujeitos ativos (inclusive militares), ou até mesmo a responsabilização dos noticiantes em relação à instituição militar.
>
> Ressalte-se que a reforma da decisão atacada não constitui automaticamente a certeza de um decreto condenatório, mas tão somente restabelece ao promotor natural a retomada de diligências, sendo certo que, ao final das investigações reputadas necessárias, o MPM poderá, além do oferecimento da Denúncia, promover o arquivamento do IPM e até mesmo a declinação da competência.
>
> Por fim, no que concerne à competência dessa Justiça Militar em casos tais, oportuno destacar a jurisprudência que viceja nesse E. STM (...).

Por tais razões, merece reparo a Decisão de primeiro grau.

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar para, desconstituindo a Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª CJM em 22 de outubro de 2020, determinar o regular prosseguimento do Inquérito Policial Militar nº 7000633-68.2020.7.01.0001, com vistas ao cumprimento das diligências requisitadas pelo Órgão ministerial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento por videoconferência, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar para, desconstituindo a Decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 3ª Auditoria da 1ª CJM em 22 de outubro de 2020, determinar o regular prosseguimento do Inquérito Policial Militar nº 7000633-68.2020.7.01.0001, com vistas ao cumprimento das diligências requisitadas pelo Órgão ministerial.

Brasília, 27 de maio de 2021 – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7000761-21.2020.7.00.0000

Relator: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorrido: Cleber Antônio Bender.

Advogado: Rodrigo de Oliveira Vieira (OAB: RS39456).

EMENTA

MPM. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ANÁLISE DE MATÉRIA ADMINISTRATIVA. TEMPO DE SERVIÇO DE MILITAR. NÃO PROVIMENTO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA FEDERAL. (ART. 109, I, CF.) DECISÃO UNÂNIME.

I - Considera-se irretocável a Decisão do juiz togado que, com base nas disposições constitucionais insertas nos arts. 124 e 109, inciso I, da Constituição Federal, reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Militar da União para processar e julgar matéria administrativa, envolvendo a relação jurídica estabelecida entre militar e as Forças Armadas, por se tratar de competência residual da Justiça Federal.

II - A invocação da tese pela aplicação do art. 109 do CPM (efeitos da condenação), pelo fato de a Justiça Militar da União ser competente para processar e julgar o crime de estelionato previsto no art. 251 do CPM, em razão dos prejuízos causados ao Erário por meio fraudulento, não anula a *vis attractiva* decorrente da competência *ratione materiae* (residual) da Justiça Federal em matérias administrativas e cíveis, previstas no inciso I do art. 109 da Constituição Federal de 1988.

III - Recurso em sentido estrito desprovido. Decisão unânime.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente o Dr. Roberto Coutinho, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo inalterada a Decisão do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida nos autos do Processo nº 7000113-30.2020.7.03.0203, que rejeitou o pedido formulado pelo Órgão ministerial por absoluta incompetência desta Justiça castrense para analisar questões administrativas relacionadas com o tempo de serviço de militar, com base no disposto nos arts. 124 e 109, inciso I, da Constituição Federal, bem como pela impossibilidade jurídica de conceder medida cautelar que recaia sobre direitos, nos termos do art. 202 do CPPM, ressalvando que a postulação pode ser apresentada diretamente ao Juízo competente, nos termos do voto do Relator Ministro José Coêlho Ferreira.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 4/3/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, inconformado com a Decisão do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 4/9/2020, prolatada na Petição nº 7000113-30.2020.7.03.0203, que rejeitou o pedido formulado pelo Órgão ministerial por absoluta incompetência desta Justiça castrense para analisar questões administrativas relacionadas com o tempo de serviço de militares, com base no disposto nos arts. 124 e 109, inciso I, da Constituição Federal, bem como pela impossibilidade jurídica de conceder medida cautelar que recaia sobre direitos, nos termos do art. 202 do CPPM, ressalvando que a postulação pode ser apresentada diretamente ao Juízo competente.

2. Consta dos autos do Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP) nº 7000067-75.2019.7.03.0203, que serviu de subsídio para a Ação Penal Militar nº 7000153-12.2020.7.03.0203, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª CJM, que, conforme apurado, o recorrido, servindo no 2º Pelotão de Polícia do Exército, em Uruguaiana/RS, possuía um estilo de vida incompatível com a doença que o afastara totalmente do serviço militar ativo, e que culminara com sua reforma em razão de "Fratura na vértebra lombar (L5)", CID 10 - S.32.0, em razão de um acidente aéreo ocorrido em 13/2/2013, quando pilotava uma aeronave civil e havia sido contratado pela empresa Aero Agrícola Cordilheira Ltda, como piloto agrícola, época em que o referido militar encontrava-se em gozo de "Licença para Tratar de Interesse Particular" (LTIP). Em virtude desse evento, o recorrido teria recebido auxílio-doença por acidente do trabalho, no período de 1º/3/2013 a 3/9/2013.

3. Porém, em 9/9/2013, teve seu vínculo empregatício com a referida empresa rescindido, sendo então contratado como piloto agrícola pela empresa Aero Agrícola do Alegrete Ltda, em 1º/10/2013, onde trabalhou com carteira assinada até o dia 31/3/2014.

4. Consta, ainda, que, após o recorrido ter desistido de 5 (cinco) meses de LTIP, apresentou-se em sua OM pronto para o serviço, em 1º/4/2014, quando então passou a ter sucessivos afastamentos do serviço e da instrução militar para realizar tratamento de saúde, em decorrência do mencionado acidente aéreo, sendo considerado, em diversas inspeções de saúde, como **"incapaz temporariamente para o serviço do Exército", culminando em sua**

reforma (Portaria nº 071-SAP1/SSIP/3ªRM, de 11/3/3019), publicada no Diário Oficial da União nº 50, de 14/3/2019, por ter sido considerado "incapaz definitivamente para o serviço do Exército. Não é inválido".

5. Há registros também, por meio das investigações, que, no período em que o Sgt BENDER foi considerado incapaz temporariamente para o serviço do Exército, o militar exerceu, com regularidade, a profissão de piloto agrícola, mantendo válidas, desde 2013, suas habilitações de piloto agrícola e de monomotor perante a ANAC, realizando os exames de saúde para obtenção do Certificado Médico Aeronáutico (CMA) de 1ª Classe, **sempre sendo considerado apto.** Além disso, verificou-se que, nesse período, o recorrido realizava práticas esportivas com habitualidade.

6. Posteriormente, por força da Portaria nº 044-SAP.1/SSIP/3ª RM, de 11/5/2020, baixada pelo Comando da 3ª Região Militar, foi cancelado o ato administrativo de reforma do recorrido, após a Inspeção de Saúde realizada em 30/3/2020, sendo determinado o seu retorno ao serviço ativo, efetivado em 21/5/2020.

7. Em virtude disso, paralelamente ao processo-crime para apuração de responsabilidade do recorrido pela percepção ilícita de remunerações, mediante fraude nas inspeções de saúde às quais fora submetido, o Ministério Público Militar ajuizou a Petição nº 7000113-30.2020.7.03.0203, com objetivo de impedir que o período de 24/4/2014 a 14/3/2019 seja considerado como tempo de serviço, apresentando os seguintes pedidos, *in litteris:*

> (...).
>
> **4 - DOS PEDIDOS:**
>
> Diante do exposto, o Ministério Público Militar requer:
>
> **a) a concessão de medida cautelar, *inaudita altera parts*, decretando que o período de 24 de abril de 2014 a 14 de março de 2019 não deve ser considerado pela administração militar como tempo de serviço em relação ao Sargento CLEBER ANTONIO BENDER;**
>
> (...);
>
> 4) em sendo necessário, a produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente documental e testemunhal; e
>
> 5) no mérito, com a prolação da sentença condenatória da ação principal a se(sic) proposta em breve, nos termos do art. 109 do CPM, a confirmação da cautelar, sendo decretado que o período de 24 de abril de 2014 a 14 de março de 2019 não deve ser considerado pela administração militar como tempo de serviço em relação ao Sargento CLEBER ANTONIO BENDER. (Grifos do original).

8. Não obstante, em 4/9/2020, o Juiz Federal da 2ª Auditoria da 3ª CJM Dr. RODOLFO ROSA TELLES MENEZES indeferiu o pleito ministerial, entendendo pela absoluta incompetência da JMU para decidir sobre questões administrativas relacionadas com o tempo de serviço de militares, com base no disposto nos arts. 124 e 109, inciso I, da Constituição Federal, bem como pela impossibilidade jurídica de conceder medida cautelar que recaia sobre direitos, nos termos do art. 202 do CPPM, ressalvando que a postulação pode ser apresentada diretamente ao Juízo competente (Evento 4 da Petição nº 7000113- 30.2020.7.03.0203).

9. Da referida decisão, o MPM tomou ciência em 14/9/2020 e, em 15 do mesmo mês, interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito (Eventos 5, 7 e 8, todos do Processo de origem).

10. Em suas razões (Evento 1, documento 3), o recorrente requer seja conhecido e provido o presente Recurso em Sentido Estrito, para que seja deferido o pedido formulado pelo *Parquet* das Armas, determinando a concessão de medida cautelar inominada, *inaudita altera parts*, e decretando que o período de 24 de abril de 2014 a 14 de março de 2019 não seja considerado pela administração militar, provisoriamente, como tempo de serviço em relação ao 2º Sargento CLEBER ANTÔNIO BENDER, período que também deverá ser definitivamente excluído dos seus assentamentos funcionais, após a condenação transitada em julgado do recorrido.

11. Nesse contexto, o recorrente fundamenta o seu pedido, argumentando que, ao dispor sobre os efeitos da condenação, o art. 109 do CPM prevê a reparação do dano e a perda, em favor da Fazenda Nacional, dos instrumentos do crime, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido com a prática delituosa, o que pode ser aplicado em relação à referida contagem de tempo de serviço, pois representa um bem auferido por conduta criminosa, logo ilegítimo, podendo a perda de tal bem se dar por decisão desta Justiça Especializada (Evento 1, documento 3).

12. O recorrente articula destacando que diversos doutrinadores prelecionam que a vantagem, elementar do crime de estelionato, não precisa ser necessariamente econômica e, nessa linha de raciocínio, entende que a vantagem sem tal natureza também poderá ser passível de perda, como bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática delituosa. Salienta que o Sgt BENDER foi ilicitamente beneficiado com a inclusão do referido período na contagem do tempo de serviço militar, repisando a ideia de que a referida incorporação ilegítima do tempo de serviço ao seu patrimônio constitui vantagem econômica ilícita, porque obtida mediante fraude em prejuízo do Exército, motivo pelo qual deve ser considerado produto do crime. A partir disso, considera que está plenamente caracterizada a competência da JMU para apreciar e julgar o pedido cautelar em questão, como aplicação dos efeitos da condenação ínsitos no art. 109 do CPM.

13. Em contrarrazões, a Defesa do recorrido pugnou pelo improvimento do recurso, ao argumento de que a Justiça Militar da União é incompetente para o exame da pretensão deduzida no recurso ministerial, noticiando que também foi ajuizada demanda cível em face da União, por meio da qual postula a anulação do ato administrativo que revogou a reforma do Sgt BENDER, tendo o respectivo Juízo concedido tutela de urgência, em decisão de 8/10/2020, para o fim de suspender a Portaria nº 44-SAP.1/SSIP/3ªRM (Processo nº 5001406-52.2020.4.04.7103/RS, em curso na 2ª Vara Federal de Uruguaiana/RS) (Evento 1, documento 4), cuja cópia do *decisum* encontra-se juntada aos autos da Petição nº 7000113-30.2020.7.03.0203 (Evento 24).

14. Em sede do juízo de retratação, na forma do art. 520 do CPPM, o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM manteve a Decisão recorrida por seus próprios fundamentos (Evento 23 do Processo de origem).

15. A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo Parecer da lavra do Dr. SAMUEL PEREIRA, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, opinando pelo desprovimento do presente Recurso em Sentido Estrito e manutenção da decisão recorrida, considerando que a matéria em questão possui natureza administrativa, restando assim alheia à competência constitucional prevista para a Justiça Militar da União.

É o Relatório.

VOTO

Observa-se que o recorrente tomou ciência da Decisão recorrida em 14/9/2020 e, em 15 do mesmo mês, interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito (Eventos 5, 7 e 8, todos do Processo de origem). Assim, conheço do recurso, uma vez que é adequado à espécie, as partes são legítimas, estando, portanto, preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade.

2. No mérito, não assiste razão ao recorrente.

3. É importante registrar que, com fundamento do Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP) nº 7000067-75.2019.7.03.0203, o recorrido passou a responder à Ação Penal Militar nº 7000153-12.2020.7.03.0203, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª CJM, tendo sido denunciado como incurso, por 12 (doze) vezes, nas penas do art. 251, *caput*, c/c § 3º do CPM, na forma do art. 71 do CP comum. Isso porque, segundo a Exordial acusatória, o 2º Sargento CLEBER ANTONIO BENDER obteve para si vantagem ilícita em prejuízo da União, ao induzir e manter em erro a administração militar, ao exponencializar patologia, quando submetido a 12 (doze) inspeções de saúde realizadas pelo Exército Brasileiro, com intuito de verificar sua aptidão física para o serviço militar, obtendo sucessivos afastamentos das atividades militares rotineiras, no período de 24 de abril de 2014 a 14 de março de 2019. Por essa razão, teria

recebido indevidamente remuneração, quando foi reformado, recebendo, também de maneira indevida, proventos, situação que perdurou até 21 de maio de 2020, quando se reapresentou para o serviço ativo, em razão da sua reforma ter sido cancelada pela administração militar, após ter sido submetido, em 30/03/2020, à inspeção de saúde que o considerou apto para o serviço militar.

4. Ora, acredita o recorrente que a incorporação de determinando tempo de serviço e demais vantagens pecuniárias ao patrimônio jurídico do recorrido, mediante fraude, poderiam ser consideradas produtos do crime, à luz do art. 109 do CPPM. Não obstante, por óbvio, essa tese não tem o condão de afastar a aplicação de norma constitucional que confere à Justiça Federal processar e julgar matéria administrativa, envolvendo o controle de legalidade de atos administrativos produzidos pelos Comandos das Forças Armadas.

5. Vale dizer, a invocação da tese pela aplicação do art. 109 do CPM (efeitos da condenação), pelo fato de a Justiça Militar da União ser competente para processar e julgar o crime de estelionato previsto no art. 251 do CPM, em razão dos prejuízos causados ao Erário por meio fraudulento, não anula a ***vis attractiva*** decorrente da competência ***ratione materiae*** (residual) da Justiça Federal em matérias administrativas e cíveis, previstas no inciso I do art. 109 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

6. Essa assertiva alcança maior grau de certeza a partir da notícia de que a 2ª Vara Federal de Uruguaiana/RS já conheceu da matéria nos autos do Procedimento Comum nº 5001406-52.2020.4.04.7103/RS, no qual o Juiz Federal GUSTAVO DIAS DE BARCELLOS deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, em favor do recorrido, para, suspendendo a Portaria nº 44-SAP.1/SSIP/3ªRM, determinar seja restabelecida a reforma do autor, por incapacidade definitiva (Evento 24, documento 2, do Processo de origem).

7. Significa dizer que foi descartada qualquer possibilidade de arguição de conflito negativo de competência no âmbito das instâncias de piso desta Justiça Militar da União e da Justiça Federal sobre a matéria, não sendo plausível, nesta Instância superior, suscitar o conflito positivo de competência, para afastar o citado feito da 2ª Vara Federal de Uruguaiana/RS, tendo em vista que o Poder Constituinte derivado ainda não aumentou a competência da JMU para realizar o controle de legalidade de atos administrativos emanados das Forças Armadas.

8. Nesse sentido, alinho-me à manifestação do ilustre parecerista Dr. SAMUEL PEREIRA, *in litteris:*

> (...)
>
> Por tudo, não há como negar razão à fundamentação da Decisão vergastada, a qual indeferiu o pedido ministerial quanto à invalidade do tempo de serviço do 2º Sgt CLEBER ANTONIO BENDER alusivo ao período de 14.4.2014 a 14.3.2019, ao consignar que a matéria em questão possui natureza administrativa, **restando assim alheia à competência constitucional prevista para a Justiça Militar da União.** (Grifos nossos).

9. Vale ressaltar que esta Corte adota o mesmo entendimento por considerar que a apreciação de matéria administrativa dessa natureza é totalmente estranha à competência da JMU, de acordo com o seguinte precedente, *in litteris:*

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESERÇÃO. GRADUADO DO EXÉRCITO. JULGADO INCAPAZ PARA O SERVIÇO ATIVO (ART. 82, INC. V, DA LEI Nº 6.880/1980). PENDÊNCIA DE CONCLUSÃO DO PROCESSO DE REFORMA. DISCUSSÃO QUANTO À SITUAÇÃO DE AGREGADO. **MATÉRIA ADMINISTRATIVA ESTRANHA À COMPETÊNCIA DO STM.** AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REFORMA DO MILITAR SUPERVENIENTE À DATA DO JULGAMENTO DO RECURSO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.
>
> Embora tenha chegado ao processo informação de ter sido o embargante reformado a partir do dia 30 de junho de 2013, ou seja, bem após a data do julgamento da apelação embargada, ocorrido em 16 de maio de 2013, o fato superveniente não guarda nenhuma relação com o julgado recorrido, o qual atendeu a todos os pressupostos de admissibilidade. Por essa razão, não há de se falar em extinção da ação penal em sede de embargos de declaração, haja vista não se estar diante de omissão, contradição ou ambiguidade a ser sanada. Preliminar não conhecida.
>
> **Foge da esfera de competência desta Corte dirimir questões relacionadas à situação do militar perante a respectiva Força, ou seja, se deveria ou não permanecer na condição de agregado, enquanto aguardava a conclusão do processo de reforma, nos termos do inciso V do artigo 82 da Lei nº 6.880/1980. Não há como reconhecer a omissão de um julgado, se a matéria invocada, de cunho eminentemente administrativo, é estranha à competência do Tribunal. A informação oficial de estar o militar revertido ao serviço ativo basta para satisfazer os requisitos processuais de validade. Embargos rejeitados por ausência da omissão apontada. Decisão unânime.**
>
> Embora verificada a regularidade do julgado, não se pode desprezar os efeitos da reforma superveniente do graduado, impossibilitando a imposição da pena infligida e impondo a concessão de habeas corpus

de ofício, nos termos do artigo 470, c/c o artigo 467, alínea "c", ambos do CPPM. Decisão majoritária. (STM, Embargos de Declaração nº 0000025-80.2011.7.01.0301, Relator: Ministro WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS, Decisão publicada no DJe de 2/9/2013). (Grifos nossos).

10. Dessa forma, adoto também como razão de decidir os fundamentos da decisão recorrida, na qual se encontram lançados importantes precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, *in litteris:*

> Considerando que o pedido Ministerial de desconsideração do tempo de serviço do Sargento Cleber Antonio Bender não guarda qualquer semelhança com as medidas cautelares previstas na Lei Adjetiva Castrense que, em seu art. 202, elenca as hipóteses de medidas que recaem sobre bens móveis e imóveis, sem nada falar sobre direitos;
>
> Considerando que o art. 109 do CPM trata sobre efeitos da condenação: reparação do dano; a perda, em favor da Fazenda Nacional, dos instrumentos do crime, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido;
>
> **Considerando que a contagem de tempo de serviço de militar, bem como os seus efeitos jurídicos, é matéria administrativa, que não está abrangida pela competência constitucionalmente estabelecida da Justiça Militar da União;**
>
> **Considerando que a Constituição Federal, em seu art. 124, delimita a competência da Justiça Militar, incumbindo-lhe apenas competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não fazendo qualquer menção a questões administrativas militares;**
>
> Considerando que, embora o Código de Processo Penal Militar estabeleça que os seus casos omissos podem ser solucionados através da analogia (art. 3º, "e", do CPPM), não pode o julgador invadir a competência de outra Justiça, no caso, a da Justiça Federal;
>
> Considerando os fundamentos acima, transcrevo os seguintes julgados, da lavra do Superior Tribunal de Justiça, todos tratando, em certa medida, de questões relacionadas com a contagem de tempo de serviço militar e seus efeitos (percepção de adicional, aquisição de estabilidade, entre outros), *verbis*:
>
>> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE. CÔMPUTO DO TEMPO COMO ADIDO PARA FINS EXCLUSIVOS DE TRATAMENTO DE SAÚDE. REQUISITOS MÍNIMOS NÃO PREENCHIDOS. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.
>>
>> 1. Hipótese em que o Tribunal regional consignou: "Cumpre observar-se, ainda, que para a promoção referida no art. 16 da Lei nº 12.872/2013 não basta o transcurso de tempo, havendo outros requisitos a serem observados, a serem estabelecidos em decreto,

como a existência de vagas, o que, conforme informado pela União, é fixado anualmente" (fls. 209-210, e-STJ).

2. O decidido pelo Tribunal *a quo* está em consonância com a orientação do STJ de que não basta o mero transcurso de tempo superior a dez anos previsto na alínea "a" do inciso IV do art. 50 da Lei 6.880/1980 a conferir a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço. É necessário o exame de outros requisitos previstos em lei, que, conforme consignado na origem, não foram cumpridos in casu.

3. O STJ possui entendimento de que a mera reintegração de militar temporário na condição de "Adido", para tratamento médico, não configura hipótese de estabilidade nos quadros das Forças Armadas.

4. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1786547/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 23/04/2019)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MILITAR TEMPORÁRIO. PRETENSÃO À ESTABILIDADE DECENAL. PERÍODO ALCANÇADO POR FORÇA DE DECISÃO PRECÁRIA. ESTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno, aviado contra decisão monocrática publicada em 01/08/2016, que, por sua vez, em juízo de retratação, julgara recurso interposto contra decisão que inadmitira o Recurso Especial, publicada na vigência do CPC/73.

II. A questão controvertida cinge-se à possibilidade de cômputo de tempo de serviço em que o autor, militar temporário, manteve-se agregado às fileiras militares, por força de decisão liminar, como forma de alcançar o decênio legal necessário à obtenção de sua estabilidade.

III. A atual jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que "não basta o mero transcurso de tempo superior a dez anos previsto na alínea *a* do inciso IV do art. 50 ('a estabilidade, quando praça com 10 (dez) ou mais anos de tempo de efetivo serviço'), com ou sem amparo em decisão judicial" (REsp 1.236.678/PR, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/10/2014). No mesmo

sentido: STJ, AgInt no AgInt no REsp 1.579.655/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/02/2017; AgRg no AREsp 825.561/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/03/2016

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no AgRg no AREsp 437.004/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. LICENÇA ESPECIAL NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. FUNDAMENTO INSUFICIENTEMENTE ATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283 DO STF.

1. A alegação de afronta ao art. 1º do Decreto 20.910/1932, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Incide a Súmula 211/STJ porque, para que se tenha por atendido o requisito do prequestionamento, é indispensável também a emissão de juízo de valor sobre a matéria.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que "a documentação carreada aos autos revela que o autor, quando da transferência para a reserva remunerada, contava com 31 anos, 02 meses e 08 dias de tempo de serviço, já computado 01 ano de Licença Especial (evento 1 - PORT4, p. 2). Assim, para efeitos de direito à reforma, o cômputo em dobro da licença não gozada como tempo de serviço em nada beneficiou o autor. Esta Turma vinha entendendo que, nos casos em que o cômputo em dobro da licença especial não gozada beneficiou o militar, que passou a auferir adicional maior por tempo de serviço, não há que se falar em enriquecimento sem causa, sendo indevida a conversão da licença prêmio em pecúnia, sob pena de gerar uma dupla vantagem ao militar que, além de ganhar o adicional por tempo de serviço por toda a sua vida, sendo inclusive repassado para eventual pensão, auferiria a pecúnia pela licença prêmio não gozada.

Todavia, houve a interpretação pela Superior instância que tal incidência não afasta o direito do servidor militar em conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração (...) Com efeito, tem o autor direito a receber em única parcela a indenização devida, e não de apenas se resignar a receber referida indenização de modo reflexo, ou seja, por meio do aumento do adicional de tempo de serviço. No entanto, a conversão em pecúnia da licença-especial e

a sua conversão em dobro em tempo de serviço não são institutos absolutamente independentes.

São direitos que se excluem mutuamente. Não pode o autor desejar o melhor de dois mundos: requerer a conversão em pecúnia da licença-especial e, ao mesmo tempo, requerer que ela seja computada em dobro para fins de majoração dos adicionais incidentes (tempo de serviço e permanência). Nessa perspectiva, deve ser o respectivo período excluído dos adicionais incidentes, bem como compensados os valores já recebidos a esse título, sob pena de locupletamento ilícito, tudo a ser apurado em liquidação de sentença" (fls. 121-122, e-STJ).

3. A insurgente não ataca a fundamentação transcrita. Dessa maneira, tratando-se de fundamentos aptos, por si sós, para manter o *decisum* combatido, aplica-se na espécie, por analogia, o óbice da Súmula 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." Na mesma linha: REsp 1.658.635/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 4.4.2017.

4. Por fim, ainda que superados os óbices, o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do STJ quanto ao tema. Confira-se: AgInt no REsp 1.570.813/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.6.2016.

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1666525/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 16/06/2017)

Da análise dos julgados acima transcritos, podemos perceber que todos tem como origem Acórdãos de Tribunais Regionais Federais, o que evidencia, de maneira cabal, que as questões de trato administrativo, em especial as relacionadas com a contagem de tempo de serviço militar e os seus efeitos jurídicos, são de competência da Justiça Federal, não havendo qualquer margem de dúvida sobre o tema.

(...) (Grifos nossos).

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo inalterada a Decisão do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida nos autos da Petição nº 7000113-30.2020.7.03.0203, que rejeitou o pedido formulado pelo Órgão ministerial por absoluta incompetência desta Justiça castrense para analisar questões administrativas relacionadas com o tempo de serviço de militares, com base no disposto nos arts. 124 e 109, inciso I, da Constituição Federal, bem como pela impossibilidade jurídica de conceder medida cautelar que recaia sobre direitos, nos termos do art. 202 do CPPM,

ressalvando que a postulação pode ser apresentada diretamente ao Juízo competente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e em negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Militar, mantendo inalterada a Decisão do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida nos autos da Petição nº 7000113-30. 2020.7.03.0203, que rejeitou o pedido formulado pelo Órgão ministerial por absoluta incompetência desta Justiça castrense para analisar questões administrativas relacionadas com o tempo de serviço de militares, com base no disposto nos arts. 124 e 109, inciso I, da Constituição Federal, bem como pela impossibilidade jurídica de conceder medida cautelar que recaia sobre direitos, nos termos do art. 202 do CPPM, ressalvando que a postulação pode ser apresentada diretamente ao Juízo competente.

Brasília, 4 de março de 2021 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7001361-76.2019.7.00.0000

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Recorrente: Michael Mateus Oribes Teixeira.

Advogados: Dr. Sthéfano Marçal Jaques (OAB: RS114380), Dr. João Batista Monteiro Camargo (OAB: RS107919) e Dra. Andréa Silveira de Souza (OAB/RS 109633).

Recorrido: Ministério Público Militar.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DEFESA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI 13.491/17. ACUSADO MILITAR AO TEMPO DO CRIME. LEI 13.774/2018. ENUNCIADO Nº 17 DA SÚMULA DO STM. COMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. DECISÃO RECORRIDA. MANUTENÇÃO. REJEIÇÃO. MAIORIA.

A Lei 13.491/17 alterou o art. 9º, inciso II, do CPM, inseriu no rol de crimes militares não só os previstos no CPM, mas também os previstos na legislação penal, chamados pela doutrina de "crimes militares por extensão".

O Enunciado nº 17 da Súmula de Jurisprudência desta Corte Castrense sedimentou o seguinte: "Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça processar e julgar acusados que, em tese, praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas".

Conforme a Teoria da Atividade, adotada pelo CPM, a condição do agente e da vítima é verificada quando da ação supostamente delituosa. No caso, ambos eram militares da ativa, o que fixa a competência da Justiça Castrense. Razão pela qual também se atrai a competência do Conselho Permanente de Justiça para exercer a jurisdição.

Recurso em Sentido Estrito desprovido, para manter inalterada decisão monocrática proferida que firmou a competência do CPJ para processar e julgar o feito. Decisão por maioria.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, presente a Dra. Herminia Celia Raymundo, representante do Ministério Público, na forma do art. 79 do RISTM, pediu **vista** a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, após o voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, que conhecia e negava provimento ao Recurso defensivo e mantinha irretocável a decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203, que firmou a competência do CPJ para processar e julgar o feito. O Ministro José Coêlho Ferreira dava provimento parcial ao Recurso em Sentido Estrito interposto pela Defesa do ex-Sd Ex Michael

Matheus Oribes Teixeira, para reformar a decisão recorrida e restabelecer a competência do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM para processar e julgar a Ação Penal Militar nº 7000092-88.2019. 7.03.0203.

Acompanhavam o voto do Relator os Ministros Artur Vidigal de Oliveira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 10/12/2020).

Sob a Presidência dos Excelentíssimos Senhores Ministros Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos (no período de 15 a 17 de março) e Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos (no período de 17 a 18 de março), prosseguindo no julgamento interrompido na Sessão virtual de 07 a 10 de dezembro de 2020, após o retorno de vista da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, presente a Dra. Herminia Celia Raymundo, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, conheceu e negou provimento ao Recurso defensivo, para manter irretocável a decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203, que firmou a competência do CPJ para processar e julgar o feito, nos termos do voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, em seu voto de vista, acompanhada do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, conhecia e dava provimento ao Recurso interposto pela Defesa de Michael Mateus Oribes Teixeira, para declarar a incompetência absoluta da JMU para o processamento e julgamento das supostas agressões praticadas pelo denunciado contra a vítima, a 2º Ten Ana Luiza, devendo os autos, no que a diz respeito, serem remetidos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher competente.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. Os Ministros José Coêlho Ferreira e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha farão declarações de voto. O Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos não participou do julgamento no dia 18 de março. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 18/3/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela Defesa do ex-Sd Ex MICHAEL MATHEUS **ORIBES** TEIXEIRA contra decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida em 16 de setembro de 2019, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203, que

acolheu a *Exceção de Incompetência* oposta pelo Ministério Público Militar e estabeleceu a competência do Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para processamento e julgamento do feito.

O recorrente objetiva, em suma, desconstituir a decisão vergastada para reconhecer a competência da Justiça comum para processar e julgar os fatos ocorridos em 25 de novembro de 2018 e apurados na APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203.

Em 22 de fevereiro de 2019, emergiu nos autos a informação de licenciamento do acusado ex-Sd Ex MICHAEL MATHEUS **ORIBES** TEIXEIRA[109].

A denúncia foi recebida por decisão proferida pelo douto Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, Dr. Wendell Petrachim Araujo, em 27 de maio de 2019 (evento 1, arq. 2, da APM), **não** constando ordem, à época, para convocação do Conselho Permanente de Justiça.

O douto representante do MPM, em 14 de junho de 2019, opôs Exceção de Incompetência do Juízo monocrático (evento 28 da APM) requerendo o reconhecimento do CPJ para processar e julgar o feito.

Em abono a sua premissa, aduziu que, em que pese o injusto ter, em tese, ocorrido em local alheio à administração militar, no momento dos fatos o acusado ostentava a condição de militar da ativa e o delito foi perpetrado contra militar, também da ativa, do Exército Brasileiro. Portanto, a competência para o processamento e julgamento do feito caberia ao Conselho Permanente de Justiça.

A teor da Decisão acostada ao evento 43 da APM, o douto magistrado de piso, com suporte no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 7000425-51.2019.7.00.0000, acolheu a *Exceção de Incompetência* ministerial e, assim, firmou a competência do CPJ/EB para apreciar o feito.

Irresignada, a Defesa constituída interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito Inominado (evento 53 da APM), com base no art. 581, inciso II, do CPP comum. Em suas razões recursais pugnou seja desconstituída a decisão do Juízo *a quo* que acolheu a *Exceção de Incompetência* ministerial para declinar a competência à Justiça comum, com amparo no argumento de a conduta em apreço configurar crime comum, uma vez que os fatos ocorreram em local exterior à Organização Militar.

A peça recursal foi recebida em seu duplo efeito, devolutivo e suspensivo[110].

Em contrarrazões (Doc 3-CONTRAZ, evento 1) o *parquet* castrense aponta que não existe exigência legal no sentido de que o Acusado deva

---

[109] Evento 20 do IPM nº 7000237-81.2018.7.03.0203.
[110] Evento 55 da APM.

permanecer ostentando a condição de militar para ser julgado perante o CPJ, pois, à época dos fatos, estava sujeito à hierarquia e à disciplina, bem como aduz que a Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, alterou o art. 9º do CPM para ampliar o rol de crimes militares em tempo de paz e, assim, incluir crimes previstos na legislação penal comum e em legislação especial.

Ao final, requereu a manutenção do *decisum* e o desprovimento do presente Recurso.

Ao exercer o juízo de retratação (evento 63 da APM), o douto Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM manteve a decisão recorrida, em observância ao entendimento consolidado neste Superior Tribunal Militar, em sede de IRDR, quando estabeleceu, por unanimidade de votos, a seguinte tese jurídica: "*Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas*".

Convocada a se manifestar sobre o feito, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, representada pela eminente Subprocuradora-Geral Dra. HERMINIA CELIA RAYMUNDO, opinou no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso interposto, mantendo-se, na íntegra, a Decisão *a quo* (evento 6).

É o relatório.

VOTO

Conheço do presente recurso defensivo, uma vez satisfeitos os pressupostos processuais de admissibilidade, destacando-se a tempestividade, a legitimidade e o interesse recursal.

Persegue a Defesa a cassação do *decisum* do juízo de origem, com o escopo de que seja declarada a incompetência da Justiça Militar com remessa à Justiça comum para processamento e julgamento, sob a alegação de que o crime supostamente praticado estaria previsto em legislação penal especial estranha à militar, que a prática delitiva teria ocorrido fora do ambiente da caserna e que se trata de réu civil.

Em apertada síntese, noticiam os autos que, na madrugada de 25 de novembro de 2018, nas proximidades do "*Friends Bar*", o recorrente MICHAEL MATHEUS **ORIBES** TEIXEIRA, ex-Sd Ex, em tese, praticou violência contra a 2º Ten ANA LUIZA MARTINI, causando-lhe lesões corporais, em contexto de violência doméstica, haja vista que, à época dos fatos, agressor e vítima mantinham relacionamento amoroso, bem como serviam na mesma unidade militar, o 12º Batalhão de Engenharia de Combate Blindado.

Primeiramente, quanto à legislação especial ou comum trazida para tipificação penal da conduta a ser julgada pela Justiça Militar, cumpre ressaltar

que a Lei 13.491/17 alterou o art. 9º, inciso II, do CPM, e inseriu no rol de crimes militares não só aqueles previstos no *códex* castrense, mas também os previstos na legislação penal, chamados pela doutrina de "crimes militares por extensão".

Nesse sentido o Habeas Corpus nº 7000231-17.2020.7.00.0000, Relator Min. Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE **AQUINO**, julgado em 7 de maio de 2020, assim ementado:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DEFESA CONSTITUÍDA. ART. 282 DO CÓDIGO PENAL COMUM. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. INDEFERIMENTO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. REJEIÇÃO. MAIORIA. MÉRITO. DELITO MILITAR POR EXTENSÃO. ARTIGO 9º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE.
>
> (...)
>
> A novel redação do art. 9º do Código Penal Militar, dada pela Lei nº 13.491/2017, trouxe verdadeira revolução no âmbito desta Justiça Especializada no que tange ao aumento de sua competência, fazendo inserir no rol dos crimes militares não só os definidos no próprio Códex Castrense, como também "(...) os previstos na legislação penal (...)" o contexto das alíneas do inciso segundo do referido dispositivo, aí incluído o caso de agentes militares em situação de atividade, "(...) contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar." (artigo 9º, inciso II, alínea "e").
>
> Trata-se daquilo que a doutrina passou a denominar "crime militar por extensão". (...)

Posto isso, é competente a Justiça Militar para processar e julgar crime previsto na legislação penal, seja especial ou comum, desde que preenchidos os requisitos insculpidos no art. 9º, inciso II, do CPM.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a competência da Justiça Militar para julgar os crimes militares definidos em lei[111] e assegura que "ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente"[112]. Por sua vez, o art. 27, inciso II, da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 (Lei de Organização da Justiça Militar da União), dispõe sobre a composição e a competência dos Conselhos Permanentes de Justiça para julgar acusados militares que não sejam oficiais[113], assegurando o princípio do juiz natural, em total sintonia com a CF/88.

---

[111] Art. 124 da CF/88.
[112] Art. 5º, inciso LIII, da CF/88.
[113] Art. 27, inciso II, da Lei nº 8.457/92.

Nessa toada, o Código Penal Militar considera como crimes militares em tempo de paz os praticados por militares da ativa, da reserva, reformado ou por civil, nos termos do art. 9º, incisos I, II e III, do CPM. Dessa forma, a competência, quando preenchidos os requisitos elencados no CPM, é atraída para a Justiça Militar da União para o processamento e o julgamento do feito.

E, ainda, apesar de o Acusado ostentar, agora, a condição de civil, à época da prática da conduta ele e a vítima eram militares da ativa, e o Código Penal Militar, em seu art. 5º, dispõe que "considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado".

Assim, tem-se que o ordenamento jurídico adotou para o Direito Penal Militar a Teoria da Atividade, segundo a qual se reputa praticado o delito no momento na conduta, não importando o instante do resultado. A adoção dessa Teoria serve, dentre outras coisas, para determinar a imputabilidade do agente e fixar as circunstâncias do tipo penal para o fim de aplicação da pena.

Nesse sentido, o licenciamento do militar em questão não pode ter o condão de modificar a competência da Justiça Militar. Caso se adotasse tese contrária, esta Justiça Castrense estaria seguindo na contramão dos princípios penais militares, fragilizando a base do regramento militar: a disciplina e a hierarquia.

Portanto, a conduta do Acusado infere suposto crime praticado por militar da ativa contra outra militar da ativa e, nesse caso, conforme disposto no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM, basta essa condição para que se atraia a competência da Justiça Castrense, independentemente do local ou da motivação da conduta supostamente criminosa.

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> (...)
>
> II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:
>
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; (...)

Ademais, correta é a Decisão recorrida, que aplicou o entendimento firmado no julgamento do IRDR 7000425-51.2019.7.00.0000, realizado em 22 de agosto de 2019, no qual esta Corte Militar, por unanimidade, rejeitou as preliminares de inconstitucionalidade e inadmissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e, no mérito, também por unanimidade, votou pela procedência do pedido, a fim de estabelecer a seguinte tese jurídica a ser aplicada no âmbito desta Justiça Especializada:

> Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça processar e julgar acusados que, em tese, praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas.

O Plenário desta Corte recomendou que a citada tese fosse imediatamente aplicada aos feitos em curso em 1º e 2º graus da Justiça Militar da União, possibilitando aos julgadores decidirem liminarmente e de forma monocrática.

Esse entendimento foi levado novamente a Plenário e, em 30 de outubro de 2019, por maioria, esta Corte aprovou o Enunciado nº 17 de sua Súmula de Jurisprudência, publicada no dia 6 de dezembro de 2019, que assentou o mesmo entendimento do citado IRDR.

Dessa forma, nos termos do posicionamento firmado no apontado IRDR, é o caso de se manter a competência do Conselho Permanente de Justiça, no mesmo sentido do *decisum a quo*, quando se tratar de agente militar no momento da prática delitiva.

Denota-se, pois, que deve prevalecer a condição do agente quando da prática da conduta delitiva para se determinar o juiz natural que irá processá-lo e julgá-lo. Na espécie, tratava-se de Soldado do Exército no momento em que, em tese, cometeu o crime previsto no art. 7º da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (violência doméstica e familiar contra a mulher), a atrair a competência do Conselho Permanente de Justiça para julgar o feito.

Posto isso, conheço e nego provimento ao Recurso defensivo, para manter irretocável a decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203, que firmou a competência do CPJ para processar e julgar o feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão virtual de julgamento, sob a presidência do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos (no período de 15 a 17 de março) e do Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos (no período de 17 a 18 de março), na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em conhecer e negar provimento ao Recurso defensivo, para manter irretocável a decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.020, que firmou a competência do CPJ para processar e julgar o feito.

Brasília, 18 de março de 2021 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA
Recurso em Sentido Estrito Nº 7001361-76.2019.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, apresentei voto convergente pelas razões que passo a expor.

2. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela Defesa do ex-Sd Ex MICHAEL MATHEUS ORIBES TEIXEIRA contra decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida em 16 de setembro de 2019, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203, que acolheu a Exceção de Incompetência oposta pelo Ministério Público Militar e estabeleceu a competência do Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para processamento e julgamento do feito.

3. É importante esclarecer que, na Sessão de Julgamento de 7/12/2020, apresentei voto divergente, dando provimento parcial ao Recurso em Sentido Estrito interposto pela Defesa do ex-Sd Ex MICHAEL MATHEUS ORIBES TEIXEIRA, para reformar a decisão recorrida e restabelecer a competência do Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM para processar e julgar a Ação Penal Militar nº 7000092-88.2019.7.03.0203.

4. Verifica-se que o eminente Ministro-Relator, invocando a tese jurídica firmada na **Petição nº 7000425-51.2019.7.00.0000 (IRDR),** ratifica o voto declarado naquela ocasião, conhecendo e negando provimento ao Recurso defensivo, para manter irretocável a decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203, que firmou a competência do CPJ para processar e julgar o feito.

5. Este Plenário já conhece meu entendimento sobre a matéria, pois sempre entendi que deveria ser seguida a orientação contida no julgado da Suprema Corte, nos autos da AP 937QO, a partir do momento em que adotei a tese assentada no voto-vista proferido nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 7000198-61.2019.7.00.0000, segundo a qual, no âmbito da Justiça Militar da União, após o final da instrução criminal em sede de processos ordinários, com a publicação do despacho de intimação das partes para apresentação de alegações escritas, na forma do art. 428 do CPPM, as competências dos Conselhos Especial e Permanente de Justiça para processar e julgar ações penais militares (inciso II do art. 9º do CPM), bem como a competência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar civis ou militares processados juntamente com civis (incisos I e III do art. 9º do CPM, c/c o art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457, de 1992), não serão mais afetadas em

razão de o militar vir a ser excluído da sua respectiva Força Armada ou o civil passar à condição de militar.

6. Porém, verifico que a tese jurídica firmada na Petição nº 7000425-51.2019.7.00.0000 (IRDR) foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, nos autos do de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1.279.981, que restou assim ementado, *in litteris:*

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. DECISÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. REQUERIMENTO DE RETIRADA DO AMBIENTE VIRTUAL: RESOLUÇÃO/STF N. 642/2019. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 1279981 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 3-11-2020 PUBLIC 4-11-2020).

7. Consta naqueles autos que a referida decisão transitou em julgado em 17 de dezembro de 2020.

Por essas razões, alterando o meu voto proferido na Sessão de Julgamento de 7/12/2020, apresentei voto convergente para ressalvar o meu entendimento sobre a matéria e acompanhei o Ministro-Relator, para negar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pela Defesa do ex-Sd Ex MICHAEL MATHEUS ORIBES TEIXEIRA e manter inalterada a decisão proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.7.03.0203.

Superior Tribunal Militar, 18 de março de 2021.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Recurso em Sentido Estrito Nº 7001361-76.2019.7.00.0000

O recurso é tempestivo, cabível e foi interposto por parte legítima e interessada, devendo ser conhecido.

Insurge-se a Defesa do ex-Sd Ex MICHAEL MATEUS ORIBES TEIXEIRA contra a Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, proferida em 16/9/2019, nos autos da APM nº 7000092-88.2019.

7.03.0203, que acolheu a Exceção de Incompetência oposta pelo Ministério Público Militar e estabeleceu a competência do Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para processamento e julgamento do feito.

Da análise dos argumentos do Recurso, assiste razão ao Órgão defensivo.

Cumpre destacar, inicialmente, a necessidade da análise pormenorizada da Lei Maria da Penha, que estabelece o avanço histórico em favor do Direito das Mulheres.

A expressão *"os direitos das mulheres são direitos humanos"* foi cunhada nos anos 90. É, portanto, muito recente, apesar da comemoração dos 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No Brasil, as primeiras Constituições, de 1824 e de 1891, asseguraram formalmente o princípio da igualdade. Já a Carta de 1934 conferiu às mulheres o direito ao voto, bem como vedou, expressamente, privilégios e distinções por motivo de sexo, vedação que se estendia, inclusive, ao pagamento de salários desiguais em virtude de gênero. Será, ainda, sob o primeiro Governo Vargas, que se assegurará assistência médica e sanitária à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, garantia que se repetiria nas Constituições posteriores, a de 1937, a de 1946 e a de 1967, emendada em 69.

Contudo, a luta exitosa do movimento feminino se evidencia na vigente Constituição de 1988, que garante a igualdade entre homens e mulheres especificamente no âmbito familiar, que proíbe a discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo, protegendo a mulher com regras especiais de acesso; que resguarda o direito das presidiárias de amamentarem seus filhos; que protege a maternidade como direito social; que reconhece o planejamento familiar como uma livre decisão do casal e, principalmente, que institui ser dever do Estado coibir a violência no âmbito das relações familiares, dentre outras conquistas que poderiam ser citadas.

As determinações constitucionais, por sua vez, foram complementadas pelas Constituições Estaduais e pelas leis, dentre as quais destaco o novo Código Civil, que operou mudanças substanciais na situação jurídica da mulher; a Lei nº 8.930/94, que incluiu o estupro no rol dos crimes hediondos; a Lei nº 9.318/96, que agravou a pena dos crimes cometidos contra a mulher grávida; e a Lei nº 11.340/06 – a famosa Lei Maria da Penha –, que penaliza, com efetividade, os casos de violência contra a mulher; e a do feminicídio – Lei nº 13.104, promulgada em 9/3/2015. São normas que ilustram os significativos avanços operados na proteção dos direitos fundamentais da mulher no cenário da história legislativa brasileira.

Paralelamente, no plano externo, foram firmados tratados internacionais sobre os direitos humanos das mulheres, a exemplo da

Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, também conhecida como CEDAW, que é sua sigla em inglês; o Protocolo Facultativo à CEDAW; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a chamada Convenção de Belém do Pará, da OEA.

Vê-se, pois, que medidas legislativas vêm sendo adotadas, tanto na ordem interna, quanto na ordem internacional, pelo Estado Brasileiro, em favor das mulheres e, sem dúvida, elas constituem conquistas importantes do movimento feminino.

Efetivamente o advento da Lei nº 11.340/06, a Lei Maria da Penha, fez emergir no ordenamento jurídico nacional uma nova modalidade de política criminal, aquela que visa defender a mulher das agressões sofridas em âmbito familiar, com um rigor maior do que o previsto pela legislação até então vigente.

O diploma legal ganhou esse nome em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que, em 1983, sofreu duas tentativas de homicídio por parte do marido. Na primeira vez, o cônjuge simulando um assalto, tentou assassiná-la, enquanto dormia, com um tiro nas costas, que a deixou paraplégica. Duas semanas após sair do hospital, ao voltar para casa, seu marido articulou uma segunda tentativa de homicídio: descascou os fios do chuveiro da suíte, de modo que, quando ela fosse tomar banho, morresse eletrocutada. O agressor foi julgado duas vezes, mas, devido aos recursos contrários à decisão do tribunal do Júri, permaneceu solto por 19 anos e ficou preso em regime fechado por apenas 2 anos.

Em razão dessa morosidade injustificada da Justiça, a biofarmacêutica, em conjunto com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), formalizou uma denúncia contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que culminou com o relatório 54/1 que concluiu ter o Estado Brasileiro sido omisso em relação ao problema da violência contra a mulher de modo geral e, em particular, contra Maria da Penha Fernandes, e recomendou a adoção de medidas simplificadoras do sistema jurídico nacional, com vistas a possibilitar a real implementação dos direitos já reconhecidos nas Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário. Deste processo resultou a prisão do ex-marido de Maria da Penha e a promulgação da Lei nº 11.340 em 7/8/2006.

A norma cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil sobre a matéria.

Buscou o legislador colmatar a vergonhosa e reiterada prática da violência de gênero, no âmbito doméstico e familiar, não importando o sexo

do agressor, desde que este mantenha o exigido vínculo doméstico, ou mantenha ou tenha mantido com a vítima vínculo afetivo. A lei não abrange a violência da mulher contra o homem, que, em tese, cairia na regra geral de competência do Código Penal comum, porém, existem julgados que aplicaram as estatuições desta lei em casos de violência da mulher contra o homem, desde que atendidos os pressupostos da norma, que são: o vínculo familiar, afetivo e de intimidade.

Embora a violência de gênero, a violência doméstica e a violência contra as mulheres estejam vinculadas entre si, são conceitualmente diversas, mormente no que concerne ao seu âmbito de atuação.

A **violência de gênero** se apresenta de forma mais extensa, sendo concebida como a prática de diversos atos contra as mulheres como forma de submetê-las a sofrimento físico, sexual e psicológico, aí incluídas as variadas formas de ameaça, não só no âmbito intrafamiliar, mas também social. Ela enfatiza as relações de trabalho e a imposição ou pretensão de imposição de uma subordinação e controle de um sexo sobre o outro no ambiente laboral.

Por seu turno, a **violência doméstica** possui significado idêntico à violência familiar, circunscrevendo-se às omissões e atos de maltrato desenvolvidos no âmbito domiciliar, residencial ou em relação a um lugar onde habite um grupo familiar, no qual fazem parte mulheres, crianças, idosos, portadores de necessidades especiais, que venham sofrer agressões físicas ou psíquicas praticadas por membro do mesmo grupo. Trata-se de acepção que não prioriza a mulher, mas a todos os membros do grupo familiar privado.

Por último, define-se a **violência contra a mulher** como todas as formas de violência por ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, tendo como sujeito passivo a mulher.

A Lei nº 11.340/2006 é clara ao coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, protegendo a mulher contra os atos de violência praticados por homens ou mulheres com os quais ela tenha ou haja tido relações maritais ou de afetividade, não importando a orientação sexual. Está-se diante de uma evolução legal do conceito de família e de relação íntima de afeto. Certo é que novas doutrinas flexibilizaram o conceito de entidade familiar, para abranger os casais homossexuais com ou sem filhos. A CF ampliou o conceito magno anterior de somente o casamento ser legalmente reconhecido, para abrigar outros elementos afetivos genéricos.

A Lei Maria da Penha foi uma lei significativa para o Direito Civil, porque o parágrafo único do art. 5º contém uma carga hermenêutica inovadora ao propiciar, pela primeira vez no Direito Pátrio, que uma norma federal seja interpretada em favor do reconhecimento da entidade familiar entre mulheres, e isto muito antes da decisão do STF.

Então, uma união estável homoafetiva à luz desta lei se revelava como entidade familiar os indivíduos que se consideravam aparentados e unidos por vontade expressa. Eram eles os cônjuges autoconsiderados, vez que, perante si mesmas e perante a sociedade, constituíam um vínculo íntimo sólido, com envolvimento sexual e afetivo como qualquer casal. Daí, a despeito de o Direito não as reconhecer à época como tal, os casais homoafetivos o faziam mediante ato voluntário de manifestação de vontade.

Busca, também, a norma resguardar a mulher da violência de pessoas com as quais conviva no âmbito doméstico e familiar. Atente-se, porém, não haver necessidade da violência ocorrer no espaço físico do lar, podendo ocorrer em qualquer lugar.

Estabeleceu a lei, no art. 7º, várias modalidades de violência, são elas: **a) a violência física** - conduta que resulta em ofensa à integridade ou saúde corporal da mulher; **b) violência psicológica** - conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima à mulher ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; **c) violência sexual -** conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; **d) violência patrimonial -** conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos pertencentes à mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; e a **e) violência moral -** conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Para além, a Lei nº 11.340 estatuiu regras e institutos de extrema importância, dentre os quais destaco: a alteração no Código Penal estabelecendo como agravante o cometimento de crime com abuso de autoridade ou prevalecimento de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; a modificação do conceito de lesão corporal decorrente de violência doméstica, pela diminuição da pena mínima, de 6 meses para de 3 meses, e o aumento da máxima, de 1 ano para 3 anos; e a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95, por exclusão taxativa do art. 41, com o consequente afastamento da competência

dos Juizados Especiais devido à alteração do *quantum* do tipo penal, pois os crimes de violência contra mulher eram entendidos como sendo de menor potencial ofensivo, e na maioria das vezes ocorria sua desclassificação. Como decorrência, afastou-se também a vil política despenalizadora que banalizava os processos desta natureza a tal ponto de converterem as penas em multa ou pagamento de cestas básicas, que, a propósito, nesta lei estão vedadas.

A total ineficiência do sistema da Lei nº 9.099/95 e do próprio modelo de medidas cautelares – cíveis ou criminais – então em vigor, era notória. A exemplo da medida cautelar mais comum na área penal, a prisão preventiva, não era cabível em face do disposto nos arts. 312 e 313 do CPP, situação que, presentemente, adquiriu novo contorno diante da previsão do art. 42 da Lei Maria da Penha, que acresceu novo inciso ao art. 313, nos casos de violência contra a mulher. Leia-se:

> Art. 313. Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação de prisão preventiva nos crimes dolosos:
>
> IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Segundo o art. 20 da referida lei, "em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do MP ou mediante representação da autoridade policial". À evidência, o juiz poderá revogar a prisão preventiva se não mais se verificar o motivo que lhe deu causa; contudo, a liberdade do agressor deve ser comunicada à vítima a fim de que ela possa se precaver.

No tocante às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 18 a 22, e cujo rol não é taxativo ou *numerus clausus*, a lei impõe **ao agressor**, 1) a suspensão da posse ou restrição do porte de armas; 2) o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; 3) a proibição de determinadas condutas tais como aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; 4) a proibição do contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; 5) a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores e 6) a prestação de alimentos provisionais ou preventivos.

Por sua vez, as medidas de urgência em relação à **ofendida** são: 1) encaminhá-la e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento; 2) determinar sua recondução e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após o afastamento do agressor; 3) resguardar seu afastamento do lar sem prejuízo dos direitos relativos a bens,

guarda dos filhos e alimentos; 4) determinar a separação de corpos; 5) restituir-lhe os bens indevidamente subtraídos pelo agente ativo; 6) proibir temporariamente a celebração de atos e contratos de compra e venda e locação de propriedade comum, salvo expressa autorização judicial; 7) suspender as procurações conferidas pela ofendida ao agressor e 8) a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra ela.

Tais medidas poderão ser requeridas pelo Ministério Público ou pela ofendida, e a autoridade judiciária terá um prazo de 48 horas para a sua concessão a partir do recebimento do pedido. Poderão, ainda, ser elas concedidas *inaudita altera parte* e independentemente de manifestação do *Parquet*. E mais, a autoridade judiciária poderá deferir tantas medidas quantas forem necessárias para garantir a proteção da vítima e de seus dependentes, sendo possível serem substituídas ou revistas a qualquer tempo por outra de maior eficácia, como também acrescidas àquelas já concedidas anteriormente, de forma a complementar a proteção.

Outro ponto que merece destaque é a assistência da autoridade policial, tanto de forma preventiva quanto repressiva – arts. 10 e 11. Um rol de medidas legais foi estipulado, tais como: encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao IML, transportá-la e a seus dependentes para abrigo ou local seguro, informá-la sobre os seus direitos, dentre outras. Observa-se, aí, uma autoridade policial mais participativa, protetiva e zelosa no atendimento à mulher vitimizada.

Resgatou, outrossim, a lei a figura do inquérito policial, antes afastado pela Lei nº 9.099/95, que o substituíra pelo Termo Circunstanciado, aplicável às infrações de menor potencial ofensivo.

No tocante aos procedimentos judiciários, as disposições gerais da norma permitem a aplicação subsidiária do CPP, do CPC, do ECA, do Estatuto do Idoso e de outras normas extravagantes.

Por fim, a Lei Maria da Penha autorizou, e isto é de fundamental importância, a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de competência cível e criminal; previu a realização dos atos processuais no horário noturno, estabeleceu a competência jurisdicional conforme opção da vítima, podendo ser o local do domicílio, da residência, do lugar do fato ou do domicílio do agressor, proibiu a aplicação de penas pecuniárias, além de vedar a aplicação isolada de multa em substituição às penas cominadas e, principalmente, no tocante à renúncia da ação penal pública condicionada à representação, esta só poderá ocorrer se a vítima formalizá-la perante a autoridade judiciária, em audiência própria e antes do recebimento da denúncia, ouvido o MP.

Sintetizando, a Lei nº 11.340/2006 não criou nenhum tipo penal novo, apenas deu um tratamento distinto à violência cometida contra a mulher, seja ela física, sexual, psicológica, moral, patrimonial, com o agravamento das penas e previsão de medidas em razão do alto grau de violência contra a mulher no Brasil, refletida em dados estatísticos assustadores e que custa, hoje, ao país, 10,5% do seu PIB.

Trata-se de uma lei afirmativa que busca neutralizar o desequilíbrio fático do gênero feminino frente às relações sociais.

A Lei Maria da Penha, em última análise, implementa a tutela do gênero feminino, justificada pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar, necessitando, portanto, de uma proteção especial para que alcancem a igualdade processual.

No tocante à violência de militar contra a mulher militar, é certo que a participação feminina nos efetivos das Forças Armadas vem, historicamente, aumentando, e, em consequência, está conquistando também cargos de comando, podendo, portanto, além de exercer serviços realizados anteriormente somente por homens, vir a comandá-los. Isto é possível em razão das conquistas perante a legislação e a sociedade, bem como da mudança na filosofia de trabalho das forças militares.

Contudo, o fato de elas integrarem as forças militares não impede a agressão cometida por companheiros e familiares no recinto do lar, uma vez que, se a violência é cometida no ambiente de trabalho, a situação fática se diferencia e a hierarquia passa a ser o bem jurídico tutelado.

Refiro-me, portanto, à violência doméstica presente em todas as classes sociais e que não exclui nenhuma vítima em razão do cargo ou emprego que exerça. É um mal intrínseco à sociedade brasileira, representando uma das mais graves violações aos seus direitos humanos.

Consciente desta realidade, defendo com veemência, perante esta Corte Castrense, que o fato de integrarem as forças militares não impede que as mulheres vítimas de agressão cometida por companheiros militares em contexto de violência doméstica sejam albergadas pela Lei Maria da Penha, e não pelo CPM.

O art. 2º da Lei nº 11.340/06 define quem se encontra sob a tutela da lei:

> toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Por serem, tanto o Código Penal Militar, como a Lei Maria da Penha, leis especiais, e por regulamentarem matérias afins, exsurge um conflito aparente de normas, e que, a meu ver, é resolvido frente à definição de crime militar. Para que um crime seja de natureza militar faz-se necessária a afronta aos seus princípios fundamentais, a ordem militar (disciplina e hierarquia), e aos interesses da administração castrense.

Assim, os crimes só se tornam especiais quando são cometidos em prejuízo da funcionalidade das Forças Armadas. Os que estiverem fora desse enquadramento encontram óbice de natureza formal à sua apreciação nesta Justiça Especializada.

A Carta Magna confere como sendo direitos fundamentais inerentes a qualquer indivíduo a inviolabilidade da intimidade, da vida privada (art. 5º, inciso X), como também da casa do indivíduo (art.5º, XI). Também prevê, em seu art. 226, § 8º, que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Não cabe, portanto, à administração militar adentrar em questões envolvendo esses bens tutelados pela Constituição, visto que os atos ocorridos no âmbito privado do indivíduo não lesiona, direta ou indiretamente, o bom funcionamento ou a imagem das instituições militares. Se o fizesse estaria ultrapassando sua competência constitucional.

A casa é asilo inviolável, e, por isso, não deve estar sujeita à administração militar, mesmo que a casa pertença às Forças Armadas. Segundo José Afonso da Silva:

> A privacidade é **o conjunto de informação sobre o indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.**
>
> A esfera de inviolabilidade **"abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos**, **segredos e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo".** (Grifo nosso).

Daí, mesmo morando em residência militar, a casa não está sujeita à Jurisdição Castrense, por ser o asilo inviolável que protege a intimidade pessoal, garantias fundamentais necessárias à liberdade individual.

É sabido que o direito constitucional da família, consoante o art. 226, § 8º, da CF, a especial proteção do Estado, estando este impelido a "assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Posto isto, não cabe à Justiça Militar processar e julgar as relações pessoais em âmbito familiar, retirando da mulher e de sua família inovações e garantias decorrentes de princípios internacionais e constitucionais.

Célio Lobão, acerca da intervenção militar na esfera de intimidade individual, doutrina:

> **Com a incorporação de mulheres às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, surge o problema relativo à competência da Justiça Militar para conhecer do delito cometido por um cônjuge ou companheiro contra outro. Se a ocorrência diz respeito à vida em comum, permanecendo nos limites da relação conjugal ou de companheiros, sem reflexos na disciplina e na hierarquia militar, permanecerá no âmbito da jurisdição comum. Tem pertinência com a matéria a decisão da Corte Suprema, segundo a qual a administração militar "não interfere na privacidade do lar conjugal, máxime no relacionamento do casal".** É questão a ser decidida pelo juiz diante do fato concreto. (Grifo nosso).

A partir desses conceitos, outro óbice é posto à incidência da Lei nº 11.340/2006 na Jurisdição especializada. Ali todos os crimes, absolutamente todos, são processados e julgados mediante ação pública incondicionada oferecida pelo Ministério Público Militar.

Ora, no tocante à Lei nº 11.340/2006, a maioria das vulnerações se processam mediante ação penal condicionada à representação da vítima, sendo-lhe facultada a renúncia. A retratação, segundo o art. 16, "só será admitida a perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público", podendo o magistrado rejeitá-la se entender que a vítima estaria agindo sob coação do cônjuge.

Por certo, o Supremo Tribunal Federal assentou a natureza incondicionada da ação penal em casos de crime de lesão corporal praticado contra a mulher no ambiente doméstico. Ou seja, o Ministério Público pode movê-las independentemente da representação da ofendida. Assim, em se tratando de lesões corporais, mesmo se de natureza leve ou culposa, perpetradas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível será, por construção jurisprudencial, a pública incondicionada. Sem dúvida, um avanço!

A questão que perdura, porém, é como conciliar a natureza das ações quando se estiver diante da violência sexual em suas diversas modalidades, da violência moral que poderá ou não resvalar em calúnia, injúria e difamação, e,

sobretudo, das violências patrimonial e psicológicas que não têm viés penal? Como fazê-las incidir em uma Corte eminentemente criminal?

E não é só. A Lei Maria da Penha é uma norma heterotópica, tem natureza processual com efeitos materiais, e não apenas na esfera penal, mas também na cível, como exemplificam as medidas protetivas de urgência deferidas à mulher vitimizada. Precisamente em razão de seu hibridismo, compete aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, i) processar ações de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência; ii) encaminhar as vítimas aos serviços de assistência judiciária, sendo obrigatória a informação policial a respeito; iii) determinar a intervenção compulsória do Ministério Público nas ações de família na qual figure como parte a mulher vítima de violência e, iv) priorizar a tramitação dos procedimentos judiciais em seu favor. Tudo com o fito de evitar a *via crucis* judicial da mulher em situação de violência na busca de seus direitos.

Indago, então, como a Justiça Militar poderá adentrar nesta seara? Pinçaria a *la carte* os dispositivos penais aplicáveis e deixaria para trás outros não menos relevantes e protetivos, à vista da manifesta invasão de competência?

Por todos esses argumentos, sempre entendi e continuo entendendo que, sem embargo da promulgação da Lei nº 13.491/2017, que ampliou o campo de incidência dos delitos castrenses com a criação dos denominados crimes militares por extensão, aqueles que não se encontram tipificados no CPM, e sim no Código Penal comum e nas leis extravagantes e que em tese poderiam incidir na Justiça Penal Especializada, a Lei Maria da Penha não pode ser aplicada na Jurisdição Castrense.

Por essa razão, entendo que, em processos que apurem violência doméstica contra a mulher militar, fundamental é a declinação do foro para a Justiça correta: o Juizado de Violência Doméstica e Familiar. Do contrário, ser-lhe-á subtraída uma série de garantias e direitos deferidos à mulher civil, por absoluta impossibilidade de sua aplicação num foro eminentemente penal.

E a não incidência da Lei Maria da Penha à mulher militar vitimizada fere de morte o princípio da isonomia, pela consequente distinção de tratamento entre seres humanos do mesmo gênero, visto que as medidas protetivas não a protegeriam, dentre outras situações.

À evidência, o magistrado, no caso concreto, deve conduzir-se sempre de modo a não criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, daí o cerceamento

de direitos inerentes à segurança familiar, simplesmente em razão da profissão, é flagrantemente inconstitucional.

A edição da Lei Maria da Penha insere-se em um contexto de necessidade de tratamento diferenciado à violência de gênero, decorrente das inúmeras recomendações feitas pelas Nações Unidas, as quais a caracterizam como violação aos direitos humanos, tal como definido no art. 6º: *a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos*.

É claro o intuito da norma: proteger o gênero feminino em qualquer situação de violência no âmbito familiar, independentemente da atividade profissional. Se assim não fosse, estar-se-ia diante de grave ofensa ao princípio da igualdade, posto que cidadãs civis e militares usufruiriam de garantias distintas.

Ambas as legislações são especiais e não há conflito de normas, posto que os objetos jurídicos tutelados por cada qual não se coadunam. Tal como colocado, não compete à JMU processar e julgar tais agravos, devendo a Justiça Militar ater-se aos casos em que há ofensa a seus princípios basilares, a disciplina e a hierarquia castrenses.

In specie, o acusado, em tese, agrediu fisicamente a vítima, sua então namorada, a 2º Ten Ana Luiza, acorde relatou a Exordial. *In verbis:*

> (...) Após a discussão a ofendida 2º Ten ANA LUIZA decidiu se retirar do local, momento em que o Soldado MICHAEL MATEUS ORIBES TEIXEIRA começou a agarrá-la fortemente pelos braços e cabelos, empurrando-a para fora do bar.
>
> Diante disso, a 2º Ten ANA LUIZA solicitou as demais colegas de trabalho que a ajudassem porque não queria ir embora nem ficar sozinha com o Soldado MICHAEL MATEUS ORIBES TEIXEIRA, devido a sua agressividade.
>
> Já do lado de fora do "Friends Bar", o Soldado MICHAEL MATEUS ORIBES TEIXEIRA segurou a 2º Ten ANA LUIZA contra uma grade enquanto apertava seu braço, mantendo a discussão.
>
> (...)
>
> Ato contínuo, o Soldado MICHEL MATEUS ORIBES TEIXEIRA voltou-se novamente a 2º Ten ANA LUIZA, ocasião em que lhe deu uma mordida no rosto, mantendo a discussão e as agressões. (...).

É cediço que a Justiça Castrense possui constitucionalmente, em contrassenso à Justiça Militar dos Estados, competência estrita à seara criminal, limitando-se, pois, frente a todo o espectro de direitos e garantias assegurados pela Lei Maria da Penha, que, sabidamente, o legislador fundiu num único

Juízo de competência híbrida, *ex vi* do art. 14 da Lei nº 11.340/2006, com a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Logo, sempre que a causa de pedir deduzida na demanda for conexa à situação de violência, competente é o Juizado para o conhecimento da causa[114]. A previsão normativa promove justa adequação da competência às necessidades multidimensionais das mulheres vítimas, garantindo um acesso à justiça alinhado à exigência de proteção integral do gênero feminino.

Nesse conspecto, a competência mista tende a remover barreiras ao acesso à justiça de mulheres, evitando que o desmembramento do caso onere a busca pela assistência, tornando confusa a prestação jurisdicional à população leiga. Desta feita, alcança-se a promoção de um recorte específico da violência de gênero; a multidisciplinariedade do atendimento; o tratamento efetivo de conflitos multiplexos; o controle estatístico da violência e o empoderamento da mulher vítima[115].

E tal previsão não consubstancia novidade no ordenamento jurídico.

Demandas idênticas envolvendo crianças e adolescentes em situação de risco são diariamente distribuídas perante as Varas de Infância e Juventude, juízos competentes para conhecer de pedidos de guarda, tutela, alimentos, dentre outras ações cíveis, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 148.

Daí, inegável pertencer aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a competência para o processamento e julgamento de demandas criminais que desembocam em possíveis questões cíveis, sobretudo em função do entendimento construído no âmbito do Fórum Nacional de Violência Doméstica.

Temeroso, portanto, com a assunção de competência pela JMU de aplicação da legislação protetiva, que o conhecimento dessas demandas imporia o desmedido alargamento dessa competência especializada. Ainda, haveria manifesto prejuízo às vítimas, que, tendo em vista seu estado de vulnerabilidade, deveriam buscar, caso a Justiça Militar não abarcasse as facetas cíveis e administrativas da demanda, seus direitos em âmbito da Justiça ordinária, o que desvirtuaria por completo o espírito protetivo da Lei Maria da Penha.

---

[114] DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 5. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2019, p. 163.

[115] BRASIL, Ministério da Justiça. *Violências contra a mulher e as práticas institucionais*. 2015. p. 109.

O destaque pela Justiça Castrense do âmbito criminal das demandas de violência contra a mulher resultaria no descaso à luta social existente por trás da inclusão de um Juizado híbrido na lei.

Alice Bianchini observa que:

> movimentos de mulheres perceberam os problemas concretos enfrentados por aquelas que se viam obrigadas a percorrer juízos e esferas burocráticas diversas (com a fragmentação da prestação jurisdicional), no intento de resolver problemas decorrentes de um único fator desencadeante: a violência doméstica e familiar[116].

No mesmo sentido, Wânia Pasinato rememora que a dupla competência conferida ao Juízo teria como propósito assegurar o acesso das mulheres à justiça de forma mais rápida e menos onerosa, bem como a padronização dos procedimentos, barrando distinções de oportunidades, a não monetarização das relações de violência, evitando que tais conflitos sejam reduzidos ao pagamento de pensões ou disputa de valores[117].

A fragmentarização das competências, uma vez impossível em âmbito dessa especializada julgar questões de ordem cível e administrativa, acabaria por favorecer ambiente propício para a *revitimização,* potencializando a *rota crítica* de mulheres que optam por romper com o *ciclo violento* em busca de proteção.

Não por outra razão, o art. 12 das 100 Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade abriga norma que visa evitar que "o dano sofrido pela vítima do delito seja incrementado como consequência do seu contato com o sistema de justiça". Também a Lei Maria da Penha passou a combater a revitimização da depoente, "evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada", nos termos do art. 10-A.

Nesse prisma, não se afigura razoável exigir que mulheres vítimas percorram duas ou três esferas jurisdicionais para obter a proteção integral que lhes é devida. Na maioria dos casos, a mulher já se submeteu a atendimentos que exigiram uma narrativa acerca da violência suportada, colaborando para uma revivescência do contexto violento experimentado. Ainda que necessário um certo grau de exposição para o acesso à justiça, desproporcional que a ofendida seja obrigada a trilhar tantos caminhos procedimentais, favorecendo o vilipêndio à sua integridade psicológica.

---

[116] BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340/2006:* aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

[117] PASINATO, Wânia. *Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In:* CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Visando combater tais infortúnios, o Tribunal da Cidadania vem ampliando a competência dos Juizados de Violência Doméstica. Assim, no REsp 1.496.030-MT, de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, publicado em 6/10/2015, reafirmou a competência híbrida dos Juizados.

Ademais, corroboro na íntegra com o entendimento do Juízo *a quo* de cisão dos atos do acusado, destacando o processamento do suposto agir com violência doméstica contra a vítima mulher militar, destacando a consequente aplicação da Lei Maria da Penha, para a apuração do suposto cometimento do crime de violência contra a 2º Ten Ana Luiza. *In litteris:*

> **Tanto é assim que, logo após o fato, a Ofendida registrou ocorrência na Polícia Civil de Alegrete/RS, onde requereu a concessão de medida protetiva de urgência prevista na Lei 11.340/2006, e não procurou o Comando Militar** para restabelecer a hierarquia e disciplina militares supostamente violadas pelo ato de inferior hierárquico.
>
> **Por essas razões, em relação ao fato imputado ao Denunciado em desfavor da Ofendida 2º Ten Ana Luiza Martini, promovo, desde logo, a "emendatio libelli" (art. 437, "a", CPM, c/c art. 383, CPP) para a capitulá-lo como lesão corporal qualificada pela violência doméstica (art. 129, §9º, do CP), nos termos da fundamentação.** (Grifo nosso).

Noutro giro, no que pese o entendimento de competência do CPJ/EX ou mesmo do Juízo singular para o processamento e julgamento da suposta violência cometida contra a referida vítima, rechaço a aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 em âmbito da JMU, conforme exegese esposada, tendo em vista a presente atribuição não abarcar todos os efeitos legais que possa produzir a normativa protetiva no intuito de salvaguardar os direitos da vítima agredida.

Ex positis, conheço e julgo procedente o Recurso interposto pela Defesa de MICHAEL MATEUS ORIBES TEIXEIRA, para declarar a incompetência absoluta da JMU para o processamento e julgamento das supostas agressões praticadas pelo denunciado contra a vítima, a 2º Ten Ana Luiza, devendo os autos, no que a diz respeito, ser remetidos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher competente.

Superior Tribunal Militar, 18 de março de 2021.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do STM

Revisão Criminal

REVISÃO CRIMINAL Nº 7000498-86.2020.7.00.0000

Relator: Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Revisor: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Requerente: João da Silva Soares.

Advogado: Dr. Alfonso Martinez Galiano (OAB: DF11782).

Requerido: Justiça Militar da União.

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. ART 251, § 3º, CPM. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. NÃO ACOLHIMENTO. TESE DE CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. INSUBSISTÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA. CRITÉRIOS DE EQUIDADE, RAZOABILIDADE E POLÍTICA CRIMINAL. DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

A relevância das considerações lançadas no Parecer do *Custos Legis* demanda o conhecimento da Revisão Criminal. Não acolhida a preliminar de não conhecimento. **Decisão por maioria**.

As considerações lançadas no Parecer da PGJM demonstram o cabimento da redução da pena imposta ao Sentenciado, com base em critérios de equidade, razoabilidade e de política criminal. Revisão Criminal deferida parcialmente para afastar, excepcionalmente, a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM, bem como a majoração pelo crime continuado, e, assim, diminuir a pena imposta ao Revisionando para o patamar mínimo de 2 (dois) anos de reclusão, sem a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, concedido o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos. **Decisão por maioria**.

Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do Revisionando pela prescrição da pretensão punitiva, ***ex vi*** do art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VI, e 133, todos do CPM. **Decisão por maioria**.

DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, rejeitou a preliminar arguida pelo Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor), que suscitava, de ofício, a preliminar de não conhecimento da Revisão Criminal ajuizada, por carência da ação, em face da ausência de interesse processual (art. 17 do CPC), no que foi acompanhado dos Ministros José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Leonardo Puntel e Carlos Augusto Amaral Oliveira. Em seguida, **no mérito**, **por maioria**, deferiu em parte a presente Revisão Criminal para afastar, excepcionalmente, a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM, bem como a majoração pelo crime continuado, e, assim, diminuir a pena imposta ao Revisionando João da Silva Soares para o patamar mínimo de 2 (dois) anos de reclusão, sem a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, consoante o art.102 do CPM, concedendo-lhe o benefício do ***sursis***, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante o cumprimento das condições previstas no art. 626 do CPPM, à exceção da alínea "a", e o comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução,designado o Juiz Federal da Justiça Militar do Juízo prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, ***ex vi*** do art. 611 do CPPM, fixando o regime inicial aberto para eventual cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Os Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor), José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Leonardo Puntel e Carlos Augusto Amaral Oliveira julgavam improcedente a Revisão Criminal e mantinham incólume a Sentença condenatória prolatada na Ação Penal Militar 117-13.2010.7.11.0011. Ao final, **por maioria**, o Tribunal declarou, de ofício, a extinção da punibilidade do Revisionando pela prescrição da pretensão punitiva, ***ex vi*** do art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VI, e 133, todos do CPM, contra os votos dos Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor), José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Leonardo Puntel e Carlos Augusto Amaral Oliveira, que deixavam de declará-la.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Carlos Vuyk de Aquino e Celso Luiz Nazareth. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Revisor) fará voto vencido. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 8/4/2021).

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal proposta pelo ex-Subtenente do Exército JOÃO DA SILVA SOARES contra o Acórdão proferido por esta Corte Castrense, nos autos da Apelação nº 117-13.2010.7.11.0011-DF, que reformou a Sentença absolutória de primeira instância e condenou o ora Requerente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, como incurso no art. 251, § 3º, do CPM, c/c o art. 71 do CP comum, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, nos termos do art. 102 do CPM, com direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O Acórdão proferido em sede de Apelação, na Sessão de Julgamento de 6/11/2014, está ementado nos seguintes termos, *in verbis*:

> Apelação. Emissão e implantação de duas guias de encaminhamento no Sistema de Registro e Encaminhamento do FUSEx, de forma fraudulenta. Absolvição de ex-sócios de clínica de odontologia, credenciada ao citado plano de saúde, por insuficiência de provas. Preliminares de nulidade suscitadas pela defesa, indeferidas. Reforma parcial da Sentença. Autoria comprovada ante a existência de prova indiciária.
>
> Preliminar de nulidade de supressão de instância improcedente. O "silêncio" foi a forma utilizada pelos Acusados para manterem a administração em erro, com o intuito de obterem a vantagem patrimonial indevida. Indeferimento.
>
> Preliminar de nulidade de ausência de sucumbência recursal por parte da Acusação, de igual forma, não merece acolhida. Princípio constitucional da independência funcional do Ministério Público, insculpido no art. 127, §§ 1º e 2º, permite manifestações divergentes entre representantes da acusação, não vinculando qualquer posicionamento. Indeferimento.
>
> Empreitada criminosa consistiu em emitir e implantar no Sistema de Registro e Encaminhamento (SIRE) duas guias de encaminhamento pelo Centro Oral de Brasília Ltda. (COB), cujos sócios foram denunciados na presente Ação Penal Militar, em coautoria, com outro militar, que atuava junto ao FUSEx. Os três Acusados vieram absolvidos por insuficiência de provas.
>
> Reforma parcial do *Decisum* no que tange ao ST João da Silva Soares, sócio e cônjuge da codenunciada, à época dos fatos. Era o responsável pela administração da Clínica, mediante procuração que lhe conferia plenos poderes junto às instituições bancárias, como também perante o FUSEx para a elaboração e entrega das guias de encaminhamento. Autoria configurada mediante prova indiciária aliada às demais trazidas aos autos. Materialidade comprovada pelas ordens bancárias expedidas em favor da clínica conveniada e confirmação pelo militar dos depósitos bancários efetuados na conta-corrente da clínica.

Preliminares de nulidades rejeitadas. Recurso a que se dá provimento parcial. Decisões unânimes.

Na Petição Inicial a Defesa apresenta, preambularmente, um breve histórico profissional e pessoal do Requerente, destacando que o mesmo nunca sofrera punição disciplinar quando, aos 54 (cinquenta e quatro) anos de idade e 35 (trinta e cinco) anos de serviço, em condições de ser transferido para a reserva remunerada, foi excluído das fileiras do Exército, sumariamente, por força de uma condenação, a seu entender, "injusta e contrária à evidência das provas contidas nos autos".

Afirma tratar-se de sanção penal excessivamente rigorosa e que os fatos não se revelaram contrários aos princípios da hierarquia e disciplina a justificar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas. Sob esse prisma, intenta pela análise da presente revisional sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Argumenta que, mesmo tratando-se de praça estável, o Requerente teria sido excluído a bem da disciplina, sem prévio procedimento administrativo (Conselho de Disciplina), sendo- lhe sonegado o direito à ampla defesa e ao contraditório, em afronta ao disposto no art. 5º, inciso LV, da CF/1988.

Aduz a Defesa que o ora Revisionando foi denunciado perante a Auditoria da 11ª CJM, juntamente com a sua ex-esposa e outro militar, como incursos no art. 251, § 3º, c/c os arts. 53 e 80, tudo do CPM, por fatos ocorridos em setembro de 2006. Informou que, em 30/4/2014, o CEJ absolveu os Acusados, com fulcro no art. 439, "e", do CPPM, tendo esta Corte Castrense, no julgamento da Apelação nº 0000117-13.2010.7.11.0011, mantido a absolvição da sua ex-esposa e dado provimento ao Recurso ministerial para condenar o ora Requerente. Acrescenta que, após a interposição de vários recursos, perante esta Justiça Militar e a Suprema Corte, o Acórdão condenatório transitou em julgado em 4/2/2020.

Sustenta a presença dos requisitos de legitimidade, cabimento e admissibilidade da revisional, consoante os arts. 550 a 554 do CPPM. No que atine à comprovação dos fatos arguidos, alegou que, diante das restrições impostas pela pandemia do COVID19, o Requerente encontrou-se impossibilitado de apresentar as provas que sustentam a revisional, uma vez que se encontram acostadas nos autos dos respectivos processos, mas, a critério do Relator, poderia ser determinado o apensamento dos referidos autos à presente Revisão Criminal.

Quanto ao mérito da Revisional, a Defesa coteja trechos da Denúncia e do Acórdão condenatório, alegando a existência de controvérsias nos fundamentos do *Decisum* guerreado que, a seu dizer, estariam **contrários às evidências dos autos**.

Como primeira controvérsia, questiona o papel do Revisionando na empresa COB, apontando, em suma, que o então Subtenente SOARES não

era "sócio-gerente", nem "gestor", nem "homem de confiança" da empresa COB, mas simplesmente marido da dentista proprietária, seu companheiro e colaborador. Aduz que, desde 24/5/2005, o ora Revisionando havia cedido e transferido suas cotas para a esposa e sócia à época, retirando-se da sociedade, sem jamais ter exercido qualquer atividade de gestão financeira. Ainda sob esse aspecto, afirma que o Acórdão vergastado desprezou o valor probatório do depoimento prestado pela testemunha DÉBORA PINHEIRO DO AMARAL, o qual entende fundamental e merecedor de credibilidade.

Como segunda controvérsia, questiona que somente o Revisionando foi condenado, quando a imputação na Denúncia se deu em "concurso de agentes", de forma que a absolvição da então Ten SEMIRAMYS e do então Sub Ten REIS denotaria diferentes pesos e medidas no julgamento do processo.

À guisa de terceira controvérsia, alega não ter se configurado a ocorrência de crime militar, à luz do art. 9º do CPM, eis que a apontada vantagem indevida se deu em favor da pessoa jurídica COB, de forma que não haveria de se falar em obtenção de vantagem ilícita por parte do Requerente. Assevera, ainda, que, mesmo se o então Sub Ten SOARES fosse dirigente da empresa, para se alcançar a sua responsabilidade criminal e patrimonial seria indispensável promover a desconsideração ou despersonalização da pessoa jurídica. Aduz que a Decisão estaria em desconformidade com o Princípio da Legalidade, eis que a lei penal militar não elenca pessoa jurídica como agente de conduta comissiva ou omissiva. Alegou, ademais, que, ainda que ocorrido o delito de estelionato, o patrimônio sob administração militar não teria sido prejudicado, o que afastaria a competência da JMU e a qualificadora do § 3º do art. 251 do CPM.

Como quarta controvérsia, pondera que a conduta imputada ao postulante foi a de "atestar, fraudulentamente, a execução de serviços não prestados pelo COB", de maneira que a tipicidade estaria direcionada aos crimes de falsidade e não de estelionato. Assim, a errônea capitulação induziria à atipicidade da conduta.

Como quinta e última controvérsia, alega que, segundo o Acórdão condenatório, as guias de encaminhamento teriam sido emitidas pelo então Sub Ten REIS e pelo operador KLEBER, de forma que o recebimento de valores pelo COB, mesmo que indevido, constituiria causa relativamente independente da emissão fraudulenta das Guias, fatos estes que deveriam ser imputados a quem lhes deu causa. Assim, não haveria que se falar em continuidade delitiva, vez que ausentes as condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Na Inicial, o postulante requereu a concessão de Tutela Provisória de Urgência para que: o advogado subscritor fosse nomeado como seu **Defensor Dativo**, nos termos do art. 71, § 2º, do CPPM; fossem sobrestados o andamento do Recurso em Sentido Estrito nº 7000229-47.2020.7.00.0000 e o andamento

do Processo de Execução nº 0000048-59.2016.7.11.0111, que tramitava perante a 1ª Auditoria da 11ª CJM; bem como que fossem suspensos os efeitos do Acórdão condenatório proferido nos autos da Apelação 0000117-13.2010. 7.11.0011, até o trânsito em julgado do presente pedido revisional.

No **mérito**, requereu o deferimento da Revisão Criminal para **absolver** JOÃO DA SILVA SOARES do crime previsto no art. 251, § 3º, do CPM, c/c o art. 71 do CP comum, com fulcro no art. 439, alínea "b", do CPPM, por não constituírem os fatos crime de natureza militar.

Alternativamente, requereu que o pedido seja acolhido para **afastar a** incidência da **qualificadora** prevista no § 3º do art. 251 do CPM, por não configurar o fato como crime cometido em detrimento da administração militar, bem como a incidência da **continuidade delitiva**, por não estarem caracterizadas as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, afastando-se a pena acessória de exclusão das Forças Armadas e concedendo-se o benefício da Suspensão Condicional da Pena.

Em 31/7/2020, o Exmo. Sr. Ministro-Presidente desta Corte negou a liminar pleiteada, por não vislumbrar a excepcionalidade necessária à sua concessão (Evento 7).

Intimada em 3/8/2020, a Defesa apresentou Petição, em 5/8/2020, pleiteando a reforma da Decisão proferida pelo Ministro-Presidente (Eventos 12 e 15). Em Decisão monocrática proferida em 11/8/2020 (Evento 16), indeferi a Tutela Provisória de Urgência requerida e entendi incabível a concessão de Habeas Corpus, de ofício, tendo determinado a autuação da Petição e respectivos anexos como Agravo Interno, que foi autuado sob o nº 7000560-29.2020.7.00.0000.

Em 20/8/2020 a SEJUD certificou que os autos dos processos nº 0000117-13.2010.7.11.0011 e 0000043-85.2016.7.00.0000 foram digitalizados, cadastrados e relacionados ao presente feito (Evento 27).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (Evento 8), em Parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral Dra. MARIA DE NAZARÉ GUIMARÃES DE MORAES, opinou pelo deferimento do pedido liminar (tutela provisória de urgência) e, ao final, pelo conhecimento e provimento da Revisão Criminal, em suma, para reduzir-se a pena imposta ao seu mínimo legal, 2 (dois) anos de reclusão, afastadas, excepcionalmente, a causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM, bem como a majoração pelo crime continuado, sobrevindo, assim, o direito ao *sursis* e à não incidência da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, em atenção aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO

Peço vênia para apresentar entendimento divergente, no que atine à preliminar de não conhecimento da Revisão Criminal, arguida, de ofício, pelo eminente Ministro-Revisor.

Analisando detidamente os autos, entendo relevantes as considerações lançadas no Parecer da PGJM, no sentido de que a pena imposta ao Sentenciado seja analisada com base em critérios de equidade, de proporcionalidade e de política criminal. Nesse sentido, colaciono os seguintes trechos do Parecer Ministerial, *in verbis*:

> Em outra vertente, embora não se possa anuir com a afirmação defensiva de que a condenação não ocorreu em relação a fatos de maior relevância à hierarquia e à disciplina, por outro lado também não se pode negar que houve clara desproporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção imposta ao ex-ST SOARES, ainda mais se considerarmos os efeitos que disso decorreram, principalmente no que se relaciona a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, a bem da disciplina, de um militar em final de carreira, até então meritória.
>
> (...)
>
> Assim, esse Egrégio Tribunal, em outros casos semelhantes, calcado num juízo de equidade e proporcionalidade, uma vez sopesados a extensão do dano causado *versus* a sanção excessivamente severa imposta ao réu, já houve por bem em afastar o aumento da pena previsto no art. 251, § 3º, do CPM, e mesmo em decorrência da continuidade delitiva, máxime, no caso concreto, como razão (e ponderação) de política criminal, por se mostrar desmedida a exclusão do militar da Força como pena acessória, *in verbis*:
>
> (…).

Como apontado pelo *Custos Legis*, em situações semelhantes, este Tribunal já afastou, excepcionalmente, a aplicação do aumento de pena previsto no art. 251, § 3º, do CPM, bem como a majoração decorrente da continuidade delitiva, em juízo de ponderação da equidade, da razoabilidade e de política criminal, pelo que peço vênia para reproduzir os seguintes trechos da jurisprudência citada, *in verbis*:

> APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PECULATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. APLICAÇÃO DOS FINS SOCIAIS DA LEI. CRIME CONTINUADO. (…) 3. Continuidade delitiva. Reconhece-se a continuidade delitiva quando infrações da mesma espécie e da mesma forma de proceder forem praticadas uma após a outra, não havendo razão para impor requisitos que a lei não impõe para a concessão do benefício como a necessidade de as infrações haverem sido cometidas no intervalo mínimo de um mês entre elas. 4. Art. 5º da LICC. Ao aplicar a lei o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige.

> Assim, plenamente possível a não aplicação de uma causa de aumento de pena quando se percebe que a condenação será por demais rigorosa, excluindo o militar da Força. Trata-se de decisão de política criminal e de equidade. (…). (STM. Apelação nº 0000012-64.2007.7.07.0007. Rel. Min. MARCOS MARTINS TORRES. Julgamento: 13/04/2011).

Diante do exposto, voto pelo não acolhimento da preliminar de não conhecimento da Revisão Criminal, arguida, de ofício, pelo eminente Ministro-Revisor.

MÉRITO

Trata-se de Revisão Criminal interposta pelo ex-Subtenente do Exército JOÃO DA SILVA SOARES contra o Acórdão proferido por esta Corte Castrense, nos autos da Apelação nº 117-13.2010.7.11.0011-DF, que reformou a Sentença absolutória de primeira instância e condenou o ora Requerente à pena de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, como incurso no art. 251, § 3º, do CPM, c/c o art. 71 do CP comum, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, nos termos do art. 102 do CPM, com o direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Prefacialmente, cabe mencionar que, em 3/2/2021, com o feito em mesa e pautado para julgamento, a Defesa peticionou nos autos e apresentou Memoriais Finais, em substituição à sustentação oral, "com inovação do pedido inicial".

Não obstante os argumentos defensivos, entendo não ser cabível, nesse momento processual, a arguição de novas teses não articuladas na Peça Exordial, tampouco a inovação do pedido, razão pela qual não levarei em consideração as inovações postuladas no referido memorial.

A esse respeito, veja-se que, apesar de a Revisão Criminal ter natureza de ação autônoma, aplica-se à questão o entendimento consagrado por esta Corte, em sede recursal, no sentido da inviabilidade de se debater novos temas trazidos aos autos por meio de manifestação apresentada no momento em que o feito se encontra em mesa para julgamento.

Antes de adentrar na análise das supostas contradições apontadas pelo Requerente, é pertinente reproduzir o trecho do Voto condutor do Acórdão guerreado, no que atine ao mérito recursal (Processo Originário-PO [0000117-13.2010.7.11.0011], 76-ACOR), *in verbis*:

> (…) A presente ação Penal Militar teve suporte no Inquérito Policial Militar, instaurado mediante a Portaria nº 001-Aj/Sec, de 27 de janeiro de 2010, por determinação do Diretor do HMAB.
>
> Na ocasião, foram apurados os fatos descritos na Parte Especial de 8 de janeiro de 2010, da lavra do Maj Dent Antônio Carlos Braz de

Camargo, comunicando a ocorrência de indícios da prática de ilícitos, envolvendo a Clínica Centro Oral de Brasília (COB), devido a emissão e a implantação no Sistema de Registro de Encaminhamento – SIRE de duas Guias de Encaminhamento – nº 30809 e 61772, de forma fraudulenta.

A Guia de Encaminhamento nº 30809 foi emitida em 19 de setembro de 2006 (fl. 12), às 9h58min, pelo operador ST Reis, em nome do falecido Cel Hahenderson Vieira, no valor de R$ 25.200,00 (vinte e cinco mil, duzentos reais), atualizado para R$ 30.153,75 (trinta mil, cento e cinquenta e três reais, e setenta e cinco centavos), conforme o Auto de Avaliação (fls. 524/525).

A citada guia foi liquidada pela Ordem Bancária nº 2006OB901021, emitida em 19 de outubro de 2006 (fl. 14), para pagamento referente à Nota Fiscal nº 558, de 3 de outubro de 2006 (fl. 290), expedida pela COB e Nota de Empenho nº 2006NE901001 (fl. 13).

A Guia de Encaminhamento nº 61772/Fator de Custo foi emitida, em 30 de novembro de 2006, às 19h44min, pelo operador ST Kleber, em nome do Ten Cel Rolant Vieira Junior, no valor de R$ 27.896,52 (vinte sete mil, oitocentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), atualizado para R$ 33.362,76 (trinta e três mil, trezentos e sessenta e dois reais e setenta e seis centavos), conforme o Auto de Avaliação (fls. 524/525).

A referida Guia foi liquidada pela Ordem Bancária nº 2006OB901386, emitida em 28 de dezembro de 2006 (fl. 17), para pagamento referente à Nota Fiscal nº 567, de 20 de dezembro de 2006 (fl. 284), e a Nota de Empenho nº 2006NE901696 (fl. 16).

Constatou-se que os serviços odontológicos constantes nas citadas Guias nunca foram realizados, a uma, porque o Cel Hahenderson Vieira já havia falecido aos 14 do mês de maio de 2005, como se vê na certidão de óbito de fl. 73. E, segundo afirmou a Sra. Maria da Glória Souza Vieira, viúva do citado oficial, nunca realizou qualquer tratamento nessa área.

Já quanto à segunda Guia, o Ten Cel Rolant Vieira Junior, suposto beneficiário, foi categórico em afirmar, em juízo, que nunca procedeu a qualquer serviço odontológico ou que tenha havido desconto no seu contracheque em relação ao valor discriminado na Guia (fls. 1.011/1.013).

Cabe ressaltar que o objeto do recurso ministerial cinge-se à conduta dos ex-sócios do Centro Oral de Brasília Ltda. (COB), a ex-1º Ten Temp Semiramys Silva Nunes de Souza Soares e o ST João da Silva Soares, pelo fato de terem atestado, fraudulentamente, a execução dos serviços discriminados nas supracitadas guias para fins de percepção dos valores já citados.

Portanto, após a breve exposição do quadro fático que permeia a compreensão dos principais aspectos do presente feito, no tocante à

individualização das condutas ilícitas, passa-se ao exame das atitudes dos Réus de forma separada, a saber.

Não obstante as alegações de inocência, verifica-se a presença de substanciais indícios da prática do crime de estelionato que, quando confrontados com a prova produzida em juízo, indicam a prática do delito por parte do ST Ex João da Silva Soares.

No tocante a corré ex-1º Ten Temp Semiramys Silva Nunes de Souza Soares, assistia razão ao Órgão Ministerial quando, em alegações escritas, postulou pela absolvição da ré, com fulcro na alínea e do art. 439 do CPPM.

Constata-se nos autos que a ex-1º Ten Temp Semiramys Silva Nunes de Souza Soares, tanto na fase inquisitorial como em juízo, negou veementemente qualquer participação nos fatos apontados na Exordial.

Sempre alegou que não tinha atuação na administração da clínica COB. Para tal, em 24 de outubro de 2003, nomeou como procurador o seu consorte ST João da Silva Soares, conferindo-lhe amplos e especiais poderes para gerir e administrar, ativa e passivamente, a aludida firma (documento às fls. 171/172), sendo a procuração revogada em 26 de novembro de 2007.

Uma testemunha isolada, a Sra. Débora Pinheiro do Amaral, funcionária da Clínica na época dos fatos, afirmou ser a Acusada responsável pela parte administrativa. No entanto, tal prova testemunhal não se integra às demais trazidas aos autos, até mesmo diante de sua fragilidade.

Em relação ao acusado ST João da Silva Soares, o Maj Antônio Carlos Braz de Camargo afirmou ser aquele o único administrador da empresa COB, inclusive o responsável pela rescisão do contrato com o FUSEX (fls. 1.013/1.015).

Como já mencionado anteriormente, ficou a cargo do ST Soares a parte administrativa da Clínica durante o período de 2003 a 2007, compreendendo, entre outras atividades, **a entrega das guias de encaminhamento ao FUSEx e a elaboração das notas fiscais da clínica**.

O ST soares detinha poderes para administrar inclusive a parte financeira da empresa junto às instituições bancárias como Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Banco de Brasília. Acresce-se, ainda, que figurou como representante da clínica no contrato firmado entre esta e o Hospital Geral de Brasília, para contratação de serviço ambulatorial, à época.

Possuía, dessa forma, total acesso à conta-corrente em nome da Clínica e tinha plenas condições de identificar a que serviços se referiam valores tão altos depositados pelo FUSEx. Tais quantias, pelo valor elevado, não passariam despercebidas ao Réu administrador.

O Réu, em seu interrogatório, declarou que percebeu dois depósitos nos valores de R$ 23.000 (vinte e três mil reais) e R$ 27.000 (vinte e sete mil reais) na conta do COB, que foram utilizados para pagamento de serviços da empresa.

Conquanto sabendo que os valores haviam sido pagos indevidamente, sem contraprestação de serviço, ficou silente durante todo o *iter criminis* que, pelas evidências, foi praticado em conluio com o terceiro Réu, embora, neste processo, nada mais resta a fazer em relação a este.

Reputa-se ser impossível conceber a sua suposta isenção quando emitiu, em nome da clínica COB, duas notas fiscais de nº 558 e 567, com valores descritos na Inicial, atestando a prestação de serviços, de forma fraudulenta, buscando manter a administração Militar em erro.

Ademais, os réus ST Soares e o ex-ST Reis possuíam uma relação estreita de amizade, até um frequentando a residência do outro. Inclusive o ex-ST Reis fez tratamento na Clínica COB, de implantodontia, com início em 2004, após ter sofrido acidente e realizado cirurgia para fins de reparação da face.

A alegação de descontrole no recebimento da quitação se serviços acumulados, como no presente caso, não é crível. Não corresponde a realidade do COB, muito pelo contrário, pois consta vasta documentação assinada pelo ST Soares, protocolada no FUSEx, com detalhamento do número da guia, o nome do paciente e a descrição minuciosa do atendimento, com os respectivos valores.

O réu era, assim, pode-se dizer, o homem de confiança da clínica, responsável pela parte operacional e financeira, o que confronta sua alegação de que não pôde identificar os depósitos de alta quantia, ainda mais por serviços que nunca foram prestados.

A armação de toda essa empreitada criminosa, articulando os detalhes e brechas existentes no sistema, tais como: a implantação de guias de encaminhamento no sistema (no caso, duas) e a burla ao processo de liquidação de despesas pelo FUSEx. Tudo isso despendeu muita energia e comprometimento das partes envolvidas.

Cada Réu manteve a mesma versão durante o IPM e toda a instrução criminal. Acontece que os seus depoimentos não devem ser analisados de forma isolada, mas integrados de forma sistêmica ao restante do conjunto probatório, sob o critério de valoração das provas para formulação do convencimento do julgador.

A maior parte da prova testemunhal encontra-se voltada aos trâmites administrativos em relação às Guias de Encaminhamento, ou seja, direcionada para a conduta descrita na exordial em relação ao ex-ST Reis, que, neste momento, não é objeto de discussão.

O que realmente espanta foi a facilidade de se conseguir fraudar, de modo tão simples, a Administração e obter o pagamento rápido das

duas guias, sem que alguém percebesse ou apontasse alguma impropriedade. Por sinal, somente foram questionadas muito tempo após, devido a corresponderem a vultosas quantias.

Quem realizou tal empreitada criminosa sabia muito bem o que estava fazendo e tinha certeza da impunidade. O Agente conhecia a fundo as falhas da Administração. Afinal, seria absurdo imaginar que alguém faria tudo isso sem ter por motivação o intuito de obter vantagem ilícita, em desfavor da Administração Militar.

No entanto, restou insuficiente qualquer comprovação quanto à autoria em relação à Acusada, pelo fato de ter apontado um álibi muito forte, qual seja, a procuração lavrada em favor do ST Ex Soares, seu cônjuge e sócio, na época dos fatos. Portanto, deve ser mantida a sua absolvição por insuficiência de provas.

O mesmo não pode ser afirmado em relação ao ST Soares, em razão dos fatos expostos, ou seja: a condição de responsável administrativo pela Clínica, inclusive pelas atividades financeiras junto a instituições bancárias; era o responsável pelo recebimento das guias de encaminhamento e quem elaborava as notas fiscais para o FUSEX; e, finalmente, por ter confirmado o recebimento dos valores na conta corrente da empresa; e a sua relação estreita com o terceiro réu.

Portanto, com apoio na doutrina de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, contida na afirmação de "serem os indícios autênticos fatos, além de se utilizar dos processos de indução e dedução na sua avaliação", restou caracterizada, pela forte prova indiciária, a autoria da conduta ilícita denunciada pelo MPM, no tocante ao ST Ex João da Silva Soares. Quanto à materialidade, há a sua configuração nos autos em razão das duas ordens bancárias nº 2006OB901021 e nº 2006OB901386, com a transferência da vantagem indevida para conta corrente em nome da empresa COB. Acresce-se, ainda, a confirmação do recebimento dos valores pelo ST Soares, em seu depoimento, o que afasta qualquer dúvida quanto ao recebimento da quantia.

A culpabilidade também se encontra caracterizada. O ST Ex João da Silva Soares, na condição de administrador e conhecedor dos procedimentos técnicos em relação ao convênio do FUSEx, de detalhar todas as guias, pacientes e serviços prestados, não afasta a sua responsabilidade penal.

Por fim, não há como eximir o ST Ex João da Silva Soares de responder penalmente por sua conduta delituosa. Cabe a conclusão de que o Réu, *in casu*, agiu com dolo, ante seu conhecimento da ilicitude praticada, é imputável, além de lhe ser exigível conduta diversa; sendo assim, não há que falar em se manter a absolvição.

Logo, perfeitamente comprovadas autoria e materialidade do delito e a culpabilidade do ST Ex João da Silva Soares, haja vista que o delito restou plenamente configurado, inexistindo, *in casu*, causas de excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, a Sentença merece

> ser reformada, para fins de sua condenação, adotando-se os critérios a seguir para a fixação da pena.
>
> (…). (Apelação nº 117-13.2010.7.11.0011-DF. Rel. Min. Dr. José Barroso Filho. Julgamento: 6/11/2014). (Grifos no original).

No que atine à *primeira controvérsia* alegada, a Defesa anexou à Inicial documentação relativa à terceira alteração e consolidação contratual do Centro Oral de Brasília Ltda. – COB (Evento 1, ANEXOS 10/12), no intuito de demonstrar que, desde 24/5/2005, em razão do revisionando ter se retirado da sociedade, mediante a transferência de suas cotas para a então 1º Ten SEMIRAMYS, era dela, sua ex-cônjuge, a responsabilidade pela empresa, alegando, em relação a essa questão, que os fundamentos do Acórdão se manifestam contrários às evidências dos autos.

Sobre o tema, cabe pontuar, inicialmente, que tanto o documento ora apresentado como o conteúdo fático relacionado à apontada "controvérsia" nada trazem de ineditismo que possa caracterizar, em relação ao processo em tela, a denominada "prova nova" prevista na alínea "c" do art. 551 do CPPM.

A esse respeito, basta observar que o referido documento já se encontrava inserido nos autos da Ação Penal Militar (PO, VOLUME10, fls. 20/21; e VOLUME 11, fl. 1) e que a própria Defesa, em sede de Contrarrazões de Apelação, já havia mencionado a situação do contrato social ao refutar a condição atribuída ao ora Revisionando, como se vê no seguinte trecho daquela Peça defensiva, *in verbis*:

> Não custa lembrar que no contrato social da referida empresa não consta o nome do ora Apelado.(…). (PO, VOLUME 70).

De fato, na fundamentação do Acórdão condenatório fez-se referência que o Revisionando tinha a seu cargo "a parte administrativa da Clínica durante o período de 2003 a 2007", que possuía a "condição de responsável administrativo pela Clínica", bem como que "o réu era, assim, pode-se dizer, o homem de confiança da clínica, responsável pela parte operacional e financeira".

Contudo, de maneira alguma se pode dizer que o Acórdão vergastado debitou essa responsabilidade ao ora Revisionando de maneira objetiva, ou seja, em razão do seu nome constar no contrato social da empresa como "sócio-administrador".

Vê-se que, embora no plano formal, de acordo com a terceira alteração contratual, a Corré SEMIRAMYS figurasse como sócia-administradora da empresa, desde 24/5/2005, o Decisum questionado observou que ela nomeou o então consorte, em 24/10/2003, como procurador, "conferindo-lhe amplos e especiais poderes para gerir e administrar, ativa e passivamente, a aludida firma", o que incluía poderes para administrar a parte financeira da empresa junto às instituições bancárias, com total acesso à conta-corrente em nome da

Clínica, sendo que o instrumento de procuração somente foi revogado em 26/11/2007 (PO, VOLUME 10, fls. 8/11).

Na análise da questão, além da procuração retromencionada, o *Decisum* também considerou que à época dos fatos o então Sub Ten SOARES figurava como representante do COB no contrato firmado entre a referida empresa e o Hospital Geral de Brasília para contratação de serviço ambulatorial, além de ser ele o responsável pela entrega das guias de encaminhamento ao FUSEx e pela elaboração das notas fiscais.

Deveras, encontram-se nos autos o Termo de Contrato nº 9/2006, firmado entre o Hospital Geral de Brasília e o COB, com vigência de 1/1/2006 a 31/12/2006, e o Termo Aditivo nº 1/2007, com vigência a partir de 1/1/2007, ambos assinados pelo Revisionando, na condição de representante da Organização Civil de Saúde (PO, VOLUME 4, fls. 6/18). Além disso, consta nos autos vasta documentação protocolada pelo Sub Ten Soares no FUSEx, relacionada à entrega de guias de encaminhamento, em que assinava como consultor administrativo do COB (PO, VOLUME 11, fls. 12/20; e VOLUME 12, fls. 1/14).

Ademais, ouvido em sede de Inquérito (PO, VOLUME 7, fl. 5), o investigado declarou que "ajudava a gerir a empresa em forma de consultoria". Em juízo, não obstante tenha negado a acusação formulada na Denúncia, afirmou que geriu a empresa enquanto esposo da Sra. SEMIRAMYS, participava auxiliando a clínica quanto aos recebimentos das guias e entrega das mesmas no FUSEX, e admitiu que preparava notas fiscais e as entregava no FUSEx. (PO, VOLUME 44, fls. 13/14).

Nesse contexto, como pontuou o Acórdão questionado, o depoimento da Testemunha DÉBORA PINHEIRO DO AMARAL, funcionária da Clínica à época dos fatos, no sentido de que a Acusada SEMIRAMYS era responsável pela Administração diária da clínica, mostrou-se frágil, isolado e em desarmonia com os demais elementos probatórios contidos nos autos.

Os autos comprovam, e o Acórdão guerreado fundamentou à saciedade, que o Revisionando possuía amplos poderes para administrar a empresa e, na prática, era o responsável pela parte administrativa e financeira do empreendimento, especialmente no que se relacionava ao FUSEx. Em outras palavras, não era um mero entregador de guias de encaminhamento, mas um gestor atuante da empresa COB naquele ambiente.

Em suma, a leitura atenta do Decisum deixa muito claro que, ao considerar o Apenado como "responsável administrativo pela Clínica", este Tribunal levou em consideração robustos elementos de convicção contidos nos autos, os quais atestam que o ora Revisionando possuía amplos poderes para administrar a Empresa, inclusive para atuar perante as instituições bancárias e que, na prática, agia nessa condição, especialmente perante o FUSEx, muito

embora seu nome não constasse mais no contrato como sócio do COB. Não há que se falar, portanto, que a Decisão tenha contrariado a evidência dos autos.

Como *segunda controvérsia*, a Defesa questiona o fato de somente o Requerente ter sido condenado, enquanto os demais corréus restaram absolvidos.

Sobre essa questão, deve-se observar que o objeto da Apelação se cingia às condutas da ex-1º Ten SEMIRAMYS e do então Sub Ten SOARES, pois o ex-Sub Ten REIS foi absolvido em primeira Instância, e em relação a ele o Ministério Público Militar não interpôs Recurso. A absolvição do ex-Sub Ten REIS, portanto, já estava abrigada pelo manto da coisa julgada, no momento do julgamento da Apelação.

Conforme consignado no Acórdão questionado, a participação da ex-1º Ten SEMIRAMYS não restou suficientemente comprovada. No caso, laborou em favor da Corré o benefício da dúvida quanto ao seu envolvimento nos delitos. Tanto na fase inquisitorial como em Juízo ela negou veementemente a participação no ilícito e sempre alegou que não tinha atuação na administração da clínica. Assim, ainda que formalmente fosse a sócia-administradora do COB, a procuração lavrada em favor do seu cônjuge, aliado à efetiva atuação dele perante o FUSEx, davam credibilidade às suas alegações, induzindo, portanto, à sua absolvição, ante a insuficiência de provas quanto à sua participação na fraude.

Por outro lado, substanciais elementos probatórios contidos nos autos confirmaram a prática do delito por parte do ex-Sub Ten SOARES. Além dos amplos poderes que detinha para gerir e administrar a empresa, por meio da precitada procuração, e dos demais elementos de convicção, já mencionados alhures, demonstrando que ele era um gestor atuante da empresa COB perante o FUSEx. No seu Interrogatório, o Acusado deixou claro que conhecia e possuía acesso ao movimento bancário da empresa, tendo declarado que percebeu os depósitos de aproximadamente R$ 23.000,00 (vinte e três mil reais) e R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais) na conta do COB, alegando que tais quantias teriam ficado na clínica para pagamento de despesas (PO, VOLUME 44, fls. 13/15).

Aliás, essa questão da suposta assimetria da Decisão condenatória, no que atine aos Corréus, já foi revisitada e rechaçada à unanimidade por esta Corte, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela Defesa do ex-Sub Ten SOARES, valendo transcrever os seguintes trechos do Voto proferido em sede de Aclaratórios (PO, VOLUME 79), *in verbis*:

> (…) Nessa nova investida, o ilustre Defensor busca emprestar ao recurso a natureza de "apelação da apelação", com a finalidade de rediscutir a matéria probatória, enfrentada em primeira Instância e em sede de Apelação.

(…)

A contradição e a omissão apontadas levam, segundo o advogado, à assimetria do Acórdão, ou seja, pelo contexto probatório não há como absolver o 3º Acusado, o ex-ST Davi Reis Vieira de Azevedo e a 1ª acusada Semiramys Nunes de Souza Soares e condenar somente o ST João da Silva Soares.

(…)

Por óbvio, a matéria colacionada pela Defesa se encontra superada, pois o Órgão Ministerial, por suas próprias convicções, não quis recorrer da Sentença no tocante ao ex-ST Davi, pois, era ele quem diretamente implementava os documentos no Sistema do FUSEx.

(...)

A Apelação teve como objeto a absolvição da ex-1º Ten Temp Semiramys e o ST Soares, à época, sócios e casados. De fato, o Embargante deteve a condição de sócio do COB no período de 2004 a 2005, **no entanto, a procuração foi-lhe outorgada em 2003 e revogada somente em 2007**.

Logo, à época dos fatos delituosos, o Réu possuía amplos poderes para administrar a Empresa, inclusive para atuar perante as instituições bancárias.

Inclusive, os contratos firmados entre o FUSEx e o COB, durante o período de 2006 a 2008, tiveram como representante o ST João da Silva Soares.

A declaração por ele firmada, em juízo, de que foram creditadas na conta corrente, do Banco do Brasil, duas quantias nos valores de R$ 23.000,00 (vinte e três mil reais) e R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), aliadas às demais provas existentes nos autos, não deixam dúvidas de que faziam parte da empreitada criminosa, uma vez que, **de forma fraudulenta, elaborou notas fiscais por serviços não prestados e por eles recebeu a aludida soma em dinheiro.**

Dessa forma, reputa-se ser insubsistente a alegação da Defesa de que houve tratamento desigual conferido ao ST Ex João da Silva Soares, uma vez que as provas existentes nos autos demonstram a sua participação na atividade delituosa, atuando como responsável pela parte financeira do COB, em especial, a movimentação da conta corrente da clínica, e a confecção das notas fiscais contendo altas quantias por serviços não prestados, como se apontou na Inicial.

(...)

A ausência de provas da participação da ex-1º Ten Temp Semiramys já foi amplamente debatida na primeira Instância e em sede recursal. Inexistindo, assim, qualquer omissão no Acórdão em relação a não responsabilização da 1ª Acusada na empreitada criminosa, não cabendo mais rediscuti-la em sede de embargos de declaração.

> O fato de o Conselho Julgador ter absolvido o suposto autor da confecção das guias e o MPM não ter recorrido, não quer dizer que a empreitada criminosa não tenha existido. (…). (Embargos de Declaração nº 117-13.2010.7.11.0011-DF. Rel. Min. Dr. José Barroso Filho. Julgamento: 12/3/2015) (grifos no original).

Consoante o art. 297 do CPPM, o Juiz formará seu convencimento pela livre apreciação do conjunto das provas. No caso, vê-se que o conjunto probatório foi valorado de forma integrada e sistêmica, sob os critérios de compatibilidade e concordância, para desaguar na formulação do convencimento do Órgão Julgador. Não se trata, pois, de pesos e medidas diversas, mas da aplicação da máxima do direito penal, segundo a qual se absolve, por insuficiência de provas, aquele cuja participação no ilícito não restou suficientemente comprovada e condena-se aquele cuja culpa deflui do conjunto probatório com a necessária certeza.

Quanto à *terceira controvérsia* alegada pela Defesa, cabe pontuar, inicialmente, que a desconsideração da personalidade jurídica é instituto de direito civil cujo desiderato é permitir que a atividade executiva do credor alcance os bens particulares dos sócios e administradores, coibindo fraudes e abuso de direito na atividade empresarial.

Contudo, no caso em tela, não se está discutindo a responsabilidade de dirigentes para responderem pelas obrigações civis da empresa. Trata-se, na verdade, de responsabilização penal em que, notadamente, a atribuição de sujeito ativo dos crimes militares em questão recaiu sobre o ex-militar, ora Requerente, que, em razão da sua atuação na mencionada empresa, agiu, de maneira fraudulenta, buscando manter a Administração Militar em erro, com o intuito de obter vantagem patrimonial ilícita, em detrimento do Fundo de Saúde do Exército – FUSEx.

Nesse sentido, pontua o Parecer da PGJM que, *in verbis*:

> Em outro aspecto, não tem aplicação no caso presente a teoria da desconsideração ou despersonalização da pessoa jurídica, pois a atribuição de sujeito ativo do crime militar de estelionato não recaiu sobre a pessoa jurídica (Empresa Cento Oral de Brasília) mas sim sobre os referidos militares no tocante as suas atuações na referida empresa, a qual mantinha contrato de prestação de serviços odontológicos custodiados pelo FUSEx, e que culminou na referida fraude em prejuízo da Administração Militar.
>
> Da mesma forma, não assiste qualquer razão ao se questionar a competência da Justiça Militar ao argumento de que o art. 9º do CPM não prevê a responsabilidade da pessoa jurídica, pois, como visto, os sujeitos do crime em questão foram, respectivamente, os militares no polo ativo, e a Administração Militar no polo passivo, porquanto lesada com os pagamentos indevidos efetivados pelo FUSEx.

Atente-se que a mera alegação de que o Revisionando não teria obtido vantagem ilícita, eis que os pagamentos indevidos teriam vertido em favor da empresa COB, também não afasta a subsunção ao delito de estelionato, pois a elementar prevista pelo tipo penal em questão prevê que a vantagem indevida pode ser obtida "para si ou para outrem". Em outras palavras, o tipo penal em testilha não reclama que a obtenção da vantagem ilícita seja exclusivamente para si, podendo dar-se em favor de terceira pessoa, inclusive jurídica.

Não obstante o parêntese acima, tem-se que a vantagem se deu em proveito próprio, pois, como ficou estampado no Voto condutor do Acórdão condenatório, o ex-Sub Ten SOARES "detinha poderes para administrar inclusive a parte financeira da empresa", bem como possuía "total acesso à conta-corrente em nome da Clínica e tinha plenas condições de identificar a que serviços se referiam valores tão altos depositados pelo FUSEx", sendo o responsável pelas atividades financeiras junto a instituições bancárias.

Também não se mostra cabível a assertiva de que a Justiça Militar da União não seria competente para a matéria, ao argumento de não prejuízo ao patrimônio sob administração militar. A esse respeito, como pontuou o Parecer ministerial, deve-se notar que a alegação de incompetência da Justiça Militar da União é matéria superada, não sendo passível de discussão em sede revisional, "à míngua de qualquer circunstância nova e que, excepcionalmente, tenha alguma consistência apta a modificar o enquadramento dos fatos.".

Ademais, esclareça-se que o FUSEx é um Fundo de Saúde, destinado a complementar o custeio da assistência médico-hospitalar dos militares do Exército, regulamentado pelo respectivo Comandante da Força Armada, à qual cabe o gerenciamento e administração dos recursos financeiros do mencionado Fundo, por meio de seus diversos Órgãos e Unidades.

Resta patente, portanto, a competência da Justiça Militar da União, por tratar-se de crime militar, consoante os ditames do art. 124 da Constituição Federal de 1988, c/c o disposto no art. 9º, inciso II, alínea "e", do Código Penal Militar.

Na mesma esteira, não prospera o pleito de afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 3º, do art. 251 do CPM, ao argumento de não ter se configurado o crime em prejuízo do patrimônio sob a Administração Militar.

Tratando-se de fraude perpetrada contra o FUSEx, que ocasionou o pagamento de valores indevidos na ordem de R$ 53.096,52 (cinquenta e três mil, noventa e seis reais, e cinquenta e dois centavos), por serviços não executados, o crime se deu "em detrimento da administração militar".

Mostra-se totalmente improcedente a tese de atipicidade, formulada no sentido de que a conduta estaria direcionada aos crimes de falsidade, consoante exposto na *quarta controvérsia* alegada pela Defesa.

Ora, para além dos atos de atestar fraudulentamente a execução de serviços não prestados pelo COB, o Apenado perfez todo o *iter criminis* do delito de estelionato, sendo que o *falsum* foi utilizado justamente como o meio fraudulento para a obtenção da vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar.

Nesse sentido, vale trazer à colação o seguinte trecho do Parecer ministerial, *in verbis*:

> Além disso, a alegação de que a correta capitulação do crime deveria se dar em relação a prática de falsidade (atestar, fraudulentamente, a execução de serviços não prestados pelo COB ao FUSEx), ocorre, porém, que a conduta do Requerente não se limitou tão somente ao cometimento de falsidade, mas sim que o *falsum* foi utilizado como instrumento para a prática de fraude, a qual configurou o estelionato, justamente porque a conduta de falsificar documentos foi manejada precisamente como o meio fraudulento para a obtenção de vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar.

Conforme ficou demonstrado no Acórdão hostilizado, o delito de estelionato restou plenamente configurado, eis que perfeitamente comprovados autoria, materialidade, dolo e culpabilidade do então Sub Ten JOÃO DA SILVA SOARES, mostrando-se insubsistente a argumentação de que a tipicidade estaria voltada tão somente para os delitos de falsidade.

Em relação à *quinta controvérsia*, não se pode concordar com a alegação de que não houve continuidade delitiva, pois os valores recebidos pelo COB constituiriam causa relativamente independente da emissão fraudulenta das Guias.

Conforme descrito no Acórdão condenatório, no segundo semestre de 2006, houve a implantação e pagamento de duas Guias de Encaminhamento do FUSEx, cujos serviços, fraudulentamente atestados, nunca foram executados. Consta que, em relação à Guia de Encaminhamento **nº 30809**, no valor de R$ 25.200,00 (vinte e cinco mil e duzentos reais), foi expedida, em 19/10/2006, a Ordem Bancária nº 2006OB901021 para pagamento da Nota Fiscal nº 558, de 3/10/2006, emitida pelo COB. Em relação à Guia de Encaminhamento nº **61772**, no valor de R$ 27.896,52 (vinte sete mil, oitocentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), foi expedida, em 28/12/2006, a Ordem Bancária nº 2006OB901386, para pagamento referente à Nota Fiscal nº 567, de 20/12/2006, também emitida pelo COB (PO, VOLUME 3, fls. 7/12; e VOLUME 15, fls. 5 e 12).

O pagamento indevido dos valores ao COB só foi possível diante da emissão das notas fiscais nº 558 e 567, atestando a prestação de serviços não executados, de forma fraudulenta, mantendo o FUSEx em erro e, assim, propiciando a obtenção da vantagem ilícita em detrimento da Administração Militar.

Foram 2 (dois) delitos, delineados e comprovados, que, por questões de política criminal, a lei penal prevê a possibilidade de serem considerados um como continuação do outro.

Em suma, nenhuma das cinco controvérsias alegadas pela Defesa possui a consistência necessária para modificação do Julgado. Ao contrário, consoante o acima exposto, resta indene de dúvidas que o Acórdão condenatório não contrariou a evidência dos autos.

No presente caso, sequer se pode falar em insuficiência, fragilidade ou precariedade do conjunto probatório que levou à prolação do Acórdão condenatório, muito menos que o Acórdão condenatório seja contrário à evidência dos autos, como exige a Lei Processual Penal Militar (art. 551, alínea "a").

Por fim, a questão da exclusão do ex-Sub Ten SOARES das Fileiras do Exército, sem o prévio procedimento administrativo (Conselho de Disciplina), é questão que **foge ao objeto da Revisão Criminal**, cuja destinação, repita-se, é rever a Decisão penal condenatória.

Ad argumentandum tantum, mostra-se evidente que a exclusão das Forças Armadas enquanto cumprimento de pena acessória imposta por este Tribunal tem natureza bem distinta da exclusão da Praça em decorrência de Conselho de Disciplina.

O Conselho de Disciplina, processo administrativo previsto no art. 49 do Estatuto dos Militares, é instaurado no âmbito da respectiva Força Armada com a finalidade de julgar Aspirantes a Oficial e Praças com estabilidade assegurada, presumivelmente incapazes de permanecer como militar da ativa. É procedimento que se inicia e se finda no âmbito da Administração Militar, dotado, por óbvio, do contraditório e ampla defesa, competindo ao respectivo Comandante da Força, em última instância, o julgamento da Praça que tenha incidido nos casos previstos para a sua instauração. Caso considerado culpado no julgamento do Conselho de Disciplina, o militar será excluído a bem da disciplina, nos termos do inciso III do art. 125 do mesmo diploma legal.

Já no caso de cumprimento da **pena acessória** fixada em processo criminal desta Justiça Especializada, nos termos do art. 98, IV, c/c o art. 102, do CPM, para a exclusão a bem da disciplina, agora fulcrada no inciso I do art. 125 da Lei nº 6.880/1980, não há que se falar em processo administrativo, seja o Conselho de Disciplina ou qualquer outro, para que a Autoridade Administrativa efetive a decisão judicial proferida pela Justiça Militar da União.

Na espécie, em razão da exclusão das Forças Armadas ter natureza de **pena acessória**, é patente o não cabimento de realização de procedimento por parte da Administração Militar, precedendo o ato administrativo de exclusão, eis que esta configura mero cumprimento do que foi decidido pelo Poder

Judiciário, no âmbito de um processo penal, onde o apenado já exerceu plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, não havendo, assim, qualquer afronta ao disposto no art. 5º, inciso LV, da CF/1988, na espécie.

Em que pese a insubsistência de todas as controvérsias alegadas pela Defesa, entendo relevantes as considerações lançadas no Parecer da PGJM que demonstram a razoabilidade de se reduzir a pena imposta ao Sentenciado, com base em critérios de equidade, proporcionalidade e de política criminal. Nesse sentido, transcrevo os seguintes trechos da manifestação ministerial, *in verbis*:

> Em outra vertente, embora não se possa anuir com a afirmação defensiva de que a condenação não ocorreu em relação a fatos de maior relevância à hierarquia e à disciplina, por outro lado também não se pode negar que houve clara desproporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção imposta ao ex-ST SOARES, ainda mais se considerarmos os efeitos que disso decorreram, principalmente no que se relaciona a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, a bem da disciplina, de um militar em final de carreira, até então meritória.
>
> Nesse compasso, não há como se desprezar o histórico profissional do então militar, como bem exposto pela atuante Defesa, *in verbis*:
>
> (...)
>
> Em tal realidade, conquanto não se deva condescender com desvios de conduta muito menos com a prática de crimes, haja vista as balizas éticas que norteiam e se exigem dos integrantes das Forças Armadas, isso por outro lado não deve significar que se possa fechar os olhos para a severidade e a desproporção de se impor a um profissional com 35 anos de carreira, em que pese a sua condenação pelo crime previsto no art. 251 do CPM, que independente do grau de pena definitiva a ele cominada, permita-se chegar ao ponto de alijá-lo completa e definitivamente da carreira militar, tendo em vista todos os extremos efeitos sociais e econômicos a sua vida como cidadão, em clara ofensa a dignidade da pessoa humana tutelada pela CF/88.
>
> Ressalte-se que, a rigor, o crime do art. 251 do CPM já conta com a pena mínima de 2 anos; nesse caso, em tese, qualquer condenação em qualquer patamar acima da pena mínima já ensejaria a exclusão do militar, conclusão essa que de *per si* já transparece excessiva, devendo merecer, assim, a justa ponderação.
>
> A Justiça Militar, evidentemente, não deve sob a justificativa de cumprir a letra fria da lei deixar de fazer qualquer ponderação na aplicação das sanções previstas ao caso concreto, tendo em vista que, antes de tudo, o sujeito ativo de um crime militar não pode representar uma mera estatística, com o seu julgamento em solução de mais um processo que ao final será arquivado, passando-se ao seguinte.

O sistema judiciário existe para auxiliar a sociedade em seus litígios, devendo-se sopesar os direitos e garantias da pessoa humana, com a aplicação da sanção prevista para a hipótese, mas que se mostre razoável e proporcional à conduta praticada.

Não há qualquer espírito de Justiça em se infligir a um condenado por crime que, embora relevante, claramente destoa de qualquer juízo de proporcionalidade no cotejo entre o bem jurídico violado e os efeitos que a condenação acarretará na vida da pessoa.

Assim, esse Egrégio Tribunal, em outros casos semelhantes, calcado num juízo de equidade e proporcionalidade, uma vez sopesados a extensão do dano causado *versus* a sanção excessivamente severa imposta ao réu, já houve por bem em afastar o aumento da pena previsto no art. 251, § 3º, do CPM, e mesmo em decorrência da continuidade delitiva, máxime, no caso concreto, como razão (e ponderação) de política criminal, por se mostrar desmedida a exclusão do militar da Força como pena acessória, *in verbis*:

(...)

Bem assim, também no panorama dos autos, evidencia-se a clara ausência de razoabilidade advinda da exclusão de um militar com tal currículo de serviços prestados – ainda que sobre si recaia a referida condenação pela prática de crime militar – ainda mais se tratando de uma pessoa com quase 54 anos de idade e 35 anos de serviço, às vésperas de ir para a reserva, mas em vez disso condenando-o a um futuro de desamparo econômico-social, a se somar às hordas de desempregados, desvalidos e hipossuficientes de um país com tantas desigualdades e dificuldades, ainda mais para os cidadãos que já alcançaram certa idade.

Vê-se que, no caso concreto, a pena acessória de exclusão da Força ultrapassará em muito a própria sanção penal, equivalendo, na prática, a uma excessiva e incalculável condenação social, com graves e desmedidas consequências à subsistência do Sentenciado, podendo-se afirmar que inclusive terá efeitos graves e contínuos em seu futuro, equivalendo, na prática, a uma pena perpétua em sua manutenção digna como cidadão, em clara ofensa ao seu direito constitucional à dignidade da pessoa humana, em razão da exacerbação e desproporção da extrema medida imposta.

Cotejadas, portanto, as circunstâncias do caso presente, sem dúvida, a diminuição da pena é providência que se mostra mais consentânea com as particularidades do presente processo com o senso de proporcionalidade, equidade e justiça que devem nortear os julgadores. A severidade da Justiça Militar, a par dos bens jurídicos tutelados, não deve equivaler a desumanidade sem qualquer freio.

Pela mesma razão, em relação a continuidade delitiva, uma das modalidades do concurso de crimes, é sabido que tal instituto foi concebido em razão de política criminal a fim de mitigar os exacerbados resultantes do mero somatório de delitos de mesma natureza e respectivas penas, havendo também, no caso presente, excepcionalmente, de se

> considerarem os dois conjuntos de Guias – Notas de Empenho – Notas Fiscais – Ordem de Pagamento, os quais somadas totalizaram R$ 50.753,02 (cinquenta mil, setecentos e cinquenta e três reais e dois centavos), como um único delito, a fim de manter a pena no seu *quantum* mínimo e afastar o excessivo efeito de exclusão do militar das Forças Armadas, pelas razões já mencionadas.
>
> Por tudo, no mérito, em observância aos princípios constitucionais sobreditos, temos como de todo cabível, no presente caso, quanto à redução da pena imposta para o seu mínimo de 2 anos de reclusão ínsito no art. 251 do CPM, afastados, excepcionalmente, a causa especial de aumento de pena prevista em seu § 3º, bem como a majoração pelo crime continuado, sobrevindo assim o direito ao sursis, além da sua reinclusão/reintegração às fileiras do Exército, porquanto descabível por se mostrar exacerbada, *in specie*, a sua exclusão das Forças Armadas como pena acessória. (…).

De fato, analisando detidamente as considerações lançadas no Parecer ministerial, constata-se o cabimento de uma especial valoração do princípio constitucional da proporcionalidade diante da situação concreta, verificando-se, pois, a necessidade de ajustar a individualização da pena por critérios de equidade e de política criminal.

Como apontado pelo *Custos Legis*, em situações semelhantes, este Tribunal já afastou, excepcionalmente, a aplicação do aumento de pena previsto no art. 251, § 3º, do CPM, bem como a majoração decorrente da continuidade delitiva, em juízo de ponderação da equidade, razoabilidade e de política criminal, pelo que peço vênia para reproduzir os seguintes trechos da jurisprudência citada*, in verbis*:

> APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PECULATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. APLICAÇÃO DOS FINS SOCIAIS DA LEI. CRIME CONTINUADO. (…) 3. Continuidade delitiva. Reconhece-se a continuidade delitiva quando infrações da mesma espécie e da mesma forma de proceder forem praticadas uma após a outra, não havendo razão para impor requisitos que a lei não impõe para a concessão do benefício como a necessidade de as infrações haverem sido cometidas no intervalo mínimo de um mês entre elas. 4. Art. 5º da LICC. Ao aplicar a lei o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige. Assim, plenamente possível a não aplicação de uma causa de aumento de pena quando se percebe que a condenação será por demais rigorosa, excluindo o militar da Força. Trata-se de decisão de política criminal e de equidade. (…). (STM. Apelação nº 0000012-64.2007.7.07.0007. Rel. Min. MARCOS MARTINS TORRES. Julgamento: 13/04/2011); e
>
> Estelionato. Militar da ativa à época do crime. Agravante prevista no § 3º do art. 251 do CPM. (...). O agente militar apresentou Certidão de Tempo de Serviço, ideologicamente falsa, para fins de averbação, passando a referida certidão a surtir efeitos na via administrativa militar a

> contar da publicação em Boletim, gerando, inclusive, a majoração de sua gratificação adicional por tempo de serviço, o que configura estelionato. No caso específico, foi afastada a incidência da agravação de pena indicada no § 3º do art. 251 do CPM, por razões de política criminal, considerando as enormes consequências decorrentes de uma condenação a quantum superior a dois anos, e até em observância ao princípio da proporcionalidade. (...). (STM. Apelação nº 2003.01.049451-0. Rel. para o Acórdão: Min. ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA. Julgamento: 12/02/2004) (Grifo no original).

Também com arrimo nos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, esta Corte tem admitido, excepcionalmente, a aplicação de minorante inominada, visando compatibilizar a sanção penal aplicada ao ilícito apurado, quando seus efeitos se mostram extremamente gravosos e desproporcionais em relação aos fins da tutela penal. Nesse sentido, colaciono o seguinte Aresto, *in verbis*:

> EMENTA: APELAÇÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. SUBOFICIAL DA MARINHA NA FUNÇÃO DE AUXILIAR NA SEÇÃO DE INATIVOS E PENSIONISTAS. RECADASTRAMENTO DE PENSIONISTAS. RECEBIMENTO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA INDEVIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. VASTA PROVA TESTEMUNHAL. OFENSA À PROBIDADE ADMINISTRATIVA. ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO DE PISO. REFORMA DA SENTENÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO ESTAMPADO NOS AUTOS. CONDENAÇÃO. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE INOMINADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. (…). A despeito da continuidade delitiva, nos moldes do art. 71 do Código Penal (CP), a pena foi fixada em patamar abaixo do mínimo legal em face da aplicação ex *officio* de "minorante inominada", lastreada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a tornar a resposta penal mais justa, adequada e compatível com o ato ilícito apurado. Recurso ministerial provido para cassar a sentença absolutória e condenar o acusado por corrução passiva. (STM. Apelação nº 138-70.2014.7.02.0007. Rel. Min. Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Julgamento: 13/3/2018).

É certo que não se deve condescender com desvios de conduta e prática de crimes, sobretudo diante da necessária observância aos princípios da ética militar. Contudo, diante da desproporcionalidade dos efeitos e consequências sociais da sanção penal aplicada ao Revisionando, a diminuição da pena ao patamar de 2 (dois) anos de reclusão, afastando-se, excepcionalmente, a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM, bem como a majoração pelo crime continuado, mostra-se mais consentânea com os critérios de proporcionalidade, equidade e política criminal que devem pautar a aplicação da sanção penal.

Diante do exposto, acolhendo o Parecer da PGJM, **defiro em parte** a presente Revisão Criminal para afastar, excepcionalmente, a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM, bem como a majoração pelo crime continuado, e, assim, diminuir a pena imposta ao Revisionando para o patamar mínimo de 2 (dois) anos de reclusão, sem a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, consoante o art. 102 do CPM, concedendo-lhe o benefício do sursis, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante o cumprimento das condições previstas no art. 626 do CPPM, à exceção da alínea "a", e o comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designado o Juiz Federal da Justiça Militar do Juízo prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, ex vi do art. 611 do CPPM, fixando o regime inicial aberto para eventual cumprimento da pena privativa de liberdade. Declaro, de ofício, a extinção da punibilidade do Revisionando pela prescrição da pretensão punitiva, ex vi do art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VI, e 133, todos do CPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em rejeitar a preliminar de não conhecimento da Revisão Criminal, por carência da ação, em face da ausência de interesse processual (art. 17 do CPC), arguida de ofício pelo Ministro-Revisor; **no mérito**, **por maioria**, em deferir, em parte, a presente Revisão Criminal para afastar, excepcionalmente, a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no § 3º do art. 251 do CPM, bem como a majoração pelo crime continuado, e, assim, diminuir a pena imposta ao Revisionando para o patamar mínimo de 2 (dois) anos de reclusão, sem a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, consoante o art. 102 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante o cumprimento das condições previstas no art. 626 do CPPM, à exceção da alínea "a", e o comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução, designado o Juiz Federal da Justiça Militar do Juízo prolator da Sentença para presidir a audiência admonitória, *ex vi* do art. 611 do CPPM, fixando o regime inicial aberto para eventual cumprimento da pena privativa de liberdade; e, **por maioria**, em declarar, de ofício, a extinção da punibilidade do Revisionando pela prescrição da pretensão punitiva, *ex vi* do art. 123, inciso IV, c/c os arts. 125, inciso VI, e 133, todos do CPM.

Brasília, 8 de abril de 2021 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Revisão Criminal Nº 7000498-86.2020.7.00.0000

Na Sessão Virtual decorrida entre 5.4.2021 e 8.4.2021, apresentei Voto em que, primeiro, levantava-se questão preliminar de ofício pelo não conhecimento da Revisão Criminal ajuizada, uma vez que não atendida quaisquer das hipóteses listadas no art. 551 do Código de Processo Penal Militar (CPPM). Assim, reconhecida a ausência de interesse processual – art. 17 do Código de Processo Civil (CPC) – e, consequentemente, a carência de ação, a justificar a extinção da causa sem julgamento de mérito (art. 485, VI, do CPC).

No mérito, convergi com o eminente Relator, Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, para reconhecer inexistir razão que apontasse a presença de contrariedade do Acórdão revisionando com a evidência dos autos (art. 551, alínea "a", do CPPM), ou com novas provas (art. 551, "c", do CPPM). Entretanto, divergi para, ao julgar integralmente improcedente a pretensão revisional, rejeitar eventual redução da pena por força de diminuição "inominada" e, igualmente, não acolher a declaração de prescrição com base na pena atenuada. Com isso, mantinha-se a condenação original por seus próprios fundamentos.

A vista disso, por haver restado vencido, em atenção à determinação regimental e nos termos da Ata da Sessão de Julgamento, formulo Declaração de Voto.

Cuida-se de **Revisão Criminal** intentada contra o Acórdão proferido por esta Corte na Apelação 117-13.2010.7.11.0011, do qual foi Relator o eminente Ministro Dr. José Barroso Filho, julgado em 6.11.2014, publicado em 24.11.2014. Figuraram como Acusados no referido processo o ora Requerente, então Subtenente do Exército (ex-ST Ex) João da Silva Soares, e a 1º Tenente Dentista do Exército (1º Ten Ex) Semiramys Silva Nunes de Souza Soares, aos quais se imputou a prática, por duas vezes, do delito de *estelionato majorado* – art. 251, § 3º, do Código Penal Militar (CPM).

Absolvidos pelo Conselho Especial de Justiça para o Exército, posteriormente, no julgamento do apelo, restou o ex-militar condenado à pena de 2 anos, 9 meses e 18 de reclusão, como incurso nas duas ocorrências do crime, na forma denunciada, com a consideração da ação em continuidade delitiva – art. 71, *caput*, do Código Penal (CP). Foi, ainda, imposta a pena acessória de exclusão das Forças Armadas (art. 102 do CPM) e fixado o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda (art. 33, § 2º, "c", do CP).

Na Revisão ofertada, em suas Razões, o Requerente tece esclarecimentos sobre sua vida anterior aos fatos apurados no processo condenatório. Descreve sua carreira de 35 anos a serviço da Força Terrestre,

sem punições durante todo esse tempo, de forma que inclusive estava apto a passar à reserva remunerada. Também expôs suas colocações acerca dos efeitos que a condenação, injusta no seu sentir, desenvolveu em sua vida, principalmente em razão da exclusão do Exército.

No seguimento, narra os acontecimentos processuais relevantes decorridos na Ação Penal Militar (APM) que redundou na condenação. Ainda de forma preliminar, afirma que se desincumbiu dos ônus processuais para a oferta desta Ação, consoante listados no art. 550 e seguintes, todos do CPPM. Assim, sustenta estar demonstrada a adequação e o cabimento da Demanda.

No mérito, sublinha as contradições e controvérsias que vislumbra no Acórdão atacado: *a um*, acusa que não detinha qualquer função na empresa "*Centro Oral de Brasília Ltda*" (COB), a qual teria sido empregada como meio para o estelionato praticado. Em que pese houvesse detido quotas da Pessoa Jurídica (PJ), antes dos fatos, foram todas repassadas à sua então companheira 1º Ten Ex Semiramys, que se tornou a única responsável pela condução da empreitada empresarial.

Ainda nesse item, defende que as provas empregadas no Acórdão, para sustentar a participação ou envolvimento do ex-militar na sociedade civil, seriam frágeis e contraditórias com o restante do caderno processual. Em especial, compreende que há um contrassenso do *Decisum* ao ter desconsiderado o depoimento da testemunha Débora Pinheiro Amaral, a qual afirmou que somente a Oficial mantinha algum vínculo com a PJ.

A dois, em seguimento ao fato de que a 1º Ten Ex Semiramys era a proprietária da Clínica ao tempo das ocorrências, sublinha que ela também foi denunciada na oportunidade, porém não veio a ser condenada em conjunto com o companheiro. A partir disso, questiona como a referida militar, a qual era ainda hierarquicamente superior ao Requerente (Subtenente), pôde restar absolvida.

A três, aponta que a Decisão questionada, em seus fundamentos, haveria concluído que a vantagem ilícita, na verdade, foi recebida pela COB, ou seja, acarretou prejuízo aos cofres da Administração Pública. Conclui-se que sua culpabilização pelo recebimento dos valores configurou "desconsideração da personalidade jurídica", procedimento que não foi promovido na forma prevista no art. 50 do Código Civil.

Não suficiente, percebido que a Pessoa Jurídica foi quem ludibriou a Administração Militar e obteve vantagem indevida, notável que isso sequer é subsumível como crime militar, pois o CPM não prevê a hipótese de prática de crimes militares por empresas. Mesmo que se aceite que o militar praticou algum estelionato, esse se deu em desfavor do patrimônio da COB, o que

afastaria a incidência da majorante do § 3º, pois não fora lesado "patrimônio sob administração militar".

A quatro, sublinha que as investigações unicamente concluíram que houve a ação de falsear a verdade em documentos, ao se atestarem neles serviços que não foram realmente executados. Dessa forma, compreende que, ao máximo, sua conduta se enquadraria como falsidade documental, seja ideológica, seja material. Assim, capitulada a Denúncia equivocadamente no tipo do estelionato, forçoso que a se reconheça a atipicidade do fato.

A cinco, em última controvérsia, rebate a imposição do instituto do crime continuado (art. 71, *caput,* do CP), "uma vez ausentes as condições de tempo, lugar e maneira de execução". Para tanto, alega que houve "causa relativamente independente" entre a emissão das guias fraudulentas e o recebimento dos valores, bem como que nenhuma dessas ocorrências (emissão de guia ou recebimento de vantagem) lhe seria imputável.

PRELIMINAR

Feito esse resumo sobre o apresentado na Revisão Criminal, ao observar com atenção as motivações suscitadas para o manejo da Ação, compreendo ser necessário suscitar preliminar de não conhecimento do mérito da Demanda. Em introdução a essa leitura, é igualmente fundamental deitar as bases para a construção dessa preliminar.

Embora listada no Título II do Livro III do CPPM, título que trata "Dos Recursos", a Revisão Criminal não se mistura com os meios de impugnação endoprocessuais, visto que, na prática e juridicamente, inicia uma nova demanda. Isto é, sem óbice pela sua localização no Códex, ela é uma Ação e não um Recurso, pois fez nascer uma nova relação processual.

Isso se revela a partir do fato de que o Requerente, então Réu na APM, tornou-se o Autor deste processo, enquanto a União passou a figurar no polo passivo, representada pelo Ministério Público Militar (MPM). Outrossim, porque obrigatoriamente só pode ser usada após o trânsito em julgado, ainda mais inviável ser um recurso, ao passo que a processualística pátria (civil e penal) nunca admite a interposição de peças recursais após o trânsito.

Tanto conceitualmente, quanto na prática forense, o trânsito em julgado se observa no momento em que o último recurso cabível foi julgado, ou quando precluiu o prazo recursal sem que quaisquer das Partes tenham manejado. Independentemente de qual resultado se prolatou naquele processo, mesmo se o mérito não houver sido resolvido, a causa estará finalizada, sem possibilidade de sua continuidade naqueles autos.

Com isso resta determinado que a petição em exame, no aspecto processual, não é um Recurso, mas sim uma Ação, o que esclarece e condiciona o olhar a respeito da legitimidade de quem a usa e da viabilidade

desse uso. Antes de seguir, com a intenção de não permitir qualquer dúvida sobre o até aqui afirmado, sublinha-se que esta Casa, ainda que incidentalmente, já confirmou a qualidade de ação do instituto:

> AGRAVO INTERNO. **REVISÃO CRIMINAL**. [...]. II - [...] não sendo possível as partes utilizarem desta **ação autônoma de impugnação** com o fim de rediscutir toda a matéria já debatida nas instâncias inferiores. [...]. (STM. AgrInt em Revisão Criminal 7000684-12.2020.7.00.0000. Rel. Min. José Coêlho Ferreira. Julgado em 5.11.2020. Publicado em 18.11.2020; grifo nosso).
>
> AGRAVO INTERNO EM **REVISÃO CRIMINAL**. [...]. 1. O princípio que rege **a Ação de Revisão Criminal** é o da absoluta excepcionalidade, visando a corrigir erro judiciário quanto aos fatos, à sua apreciação, à avaliação e ao enquadramento. [...]. (STM. AgrInt em Revisão Criminal 7000592-34.2020.7.00.0000. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. Julgado em 5.11.2020. Publicado em 18.11.2020; grifo nosso).
>
> **REVISÃO CRIMINAL**. [...]. Como é cediço, **a Revisão Criminal no Brasil está alçada ao *status* de ação** de dignidade constitucional, **com assento em uma conjugação de preceitos da Carta Magna**. [...]. (STM. Revisão Criminal 7000056-23.2020.7.00.0000. Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos. Julgado em 10.9.2020. Publicado em 25.9.2020; grifo nosso).

A Revisão Criminal, por se tratar de Ação Judicial, se submete aos regramentos que a teoria geral elenca para os procedimentos dessa natureza. Especialmente, as previsões do Código de Processo Civil muito estabelecem acerca do tema, ao passo que, não obstante seu direcionamento para o processo judicial entre particulares, o referido Encarte traz regramentos básicos para todo o Processo Judicial Brasileiro.

Nesse cenário, a necessidade da aplicação das regras gerais da processualística civil decorre da omissão no Código Adjetivo Castrense, principalmente no âmbito da Revisão, visto que a trata erroneamente como Recurso. Quanto às vias empregáveis para possibilitar o translado das normas civilistas para este ordenamento processual, observam-se duas hipóteses elencadas no art. 3º do CPPM.

Primeiro, é cabível o suprimento das lacunas por meio dos "princípios gerais do direito" (art. 3º, "d"), porquanto as normas do CPC a serem empregadas, por seu caráter genérico, representam a materialização dos princípios gerais do direito processual. Segundo, é possível também pela analogia (art. 3º, "e"), pois, por ser a Revisão "ação judicial" e fornecer ao CPC as soluções adequadas às "ações judiciais", forçoso que os iguais (ações do CPPM e do CPC), no que se identificam, recebam tratamento isonômico.

Passado ao efetivo exame da preliminar que se suscita, cabe sublinhar as normas do CPC que se usarão por força da integração destacada.

Nesse sentido, o art. 17 estabelece que "[p]ara postular em juízo é **necessário ter interesse** e legitimidade". O art. 330, inciso III, determina que a Petição Inicial, de toda e qualquer ação, será indeferida quando "o autor carecer de **interesse processual**". Por fim, o art. 485, inciso VI, fixa o julgamento da ação sem resolução de mérito se o juiz "verificar a ausência de legitimidade ou de **interesse processual**". (Grifos nossos).

Dessas transcrições, percebe-se que o ato de demandar judicialmente requer que, além de legitimidade subjetiva, também se demonstre o "interesse" no que se pede. Tal requisito, o qual a doutrina e a jurisprudência se esforçam para estabelecer o exato sentido, não se resume ao *querer* algo por meio do provimento judicial. Ao contrário, detém complexidade, subdividindo-se em dois requisitos menores, ambos a serem satisfeitos simultaneamente.

Sobre o "interesse" em si, cabe regredir um pouco, a fim de explicar que ele e a "legitimidade" constituem as denominadas "condições da ação". Antes entendidas em um trinômio – legitimidade, possibilidade jurídica do pedido e interesse –, a compreensão contemporânea, fundamentada no atual CPC, afirma terem restado somente duas: a legitimidade e o interesse processual, consoante o disposto no recém citado art. 485, inciso VI, que faz menção tão só a esses, nele não consta a "possibilidade jurídica do pedido".

Quanto ao que representam enquanto condições, segundo a doutrina de Humberto Theodoro Júnior, reflete-se através delas a dimensão da eficácia da demanda judicial. Em outras palavras, o autor coloca que são elas que permitem determinar se o postulado na Petição Inicial será capaz de receber um juízo definitivo de mérito, ou se o exame do questionamento sequer será algo efetivo:

> **As condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide (mérito). Operam, portanto, no plano da eficácia da relação processual.** Em razão disso, **não se confundem com os pressupostos processuais, que são requisitos de validade, sem os quais o processo não se estabelece ou não se desenvolve validamente.**
>
> Os pressupostos processuais são dados reclamados para análise de viabilidade do exercício do direito de ação sob o ponto de vista estritamente processual. Já **as condições da ação importam o cotejo do direito de ação concretamente exercido com a viabilidade abstrata da pretensão de direito material. Os pressupostos, em suma, põem a ação em contato com o direito processual, e as condições de procedibilidade põem-na em relação com as regras do direito material**. (*In Curso de direito processual civil*, vol. I. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 187; grifo nosso).

Na linha fornecida pelo ilustre mestre, percebe-se que a ausência de uma das condições (legitimidade ou interesse) demonstrará que o postulante não perfaz os requisitos mínimos a fim de que a lide seja resolvida com definitividade (em seu mérito). Portanto, avançar no julgamento do dissídio levaria à prolação de um resultado ineficaz, ocorrerá o que comumente se nomeia de "carência de ação".

No que concerne à primeira condição, a legitimidade é chamada de *ordinária* na sua faceta mais habitual, quando se refere à pertinência subjetiva comum dos jurisdicionados frente à causa. Nela se averiguará se o Autor e o Réu detêm ligação com o objeto litigioso de tal modo que se justifique que o primeiro possa demandar o direito, e que o outro possa ser responsabilizado pela sua eventual concretização. Theodoro Júnior assim resume:

> [...] legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. **A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão**. (Ob. cit, p. 192; grifo nosso).

Retornado ao interesse, como dito, ele é complexo, pois se apresenta segundo uma perspectiva binômica. Dentro do seu conceito, compreende-se que a parte autora deve demonstrar, concomitantemente, que estão presentes os aspectos da *necessidade* da medida judicial para o alcance do objeto pretendido, bem como da *adequação* do instrumento processual nesse desiderato.

Do ponto de vista da *necessidade*, o procedimento carece dela quando não houver ocorrido resistência à pretensão autoral, ou se, por outra ocorrência, restar denotado que a solução judicial incidiria em um fim já alcançado, ou que a coerção estatal não é impreterível para isso. Pela adequação, como exemplifica Theodoro Júnior, a demanda judicial será descabida se o objeto postulado não for atingível através da ação ofertada:

> O interesse processual, a um só tempo, **haverá de traduzir – numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução**.
>
> Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. **É preciso sempre "que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendida, ou tornado incerto"**.
>
> [...].

> Falta interesse, em tal situação, "porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção arguida na inicial. **Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação"**.
>
> [...].
>
> **O interesse processual, em suma, exige a conjugação do binômio necessidade e adequação, cuja presença cumulativa é sempre indispensável para franquear à parte a obtenção da sentença de mérito**. Assim, não se pode, por exemplo, postular declaração de validade de um contrato se o demandado nunca a questionou (desnecessidade da tutela jurisdicional), **nem pode o credor**, **mesmo legítimo**, **propor ação de execução, se o título de que dispõe não é um título executivo na definição da lei** (**inadequação do remédio processual eleito pela parte**). (Ob. cit., p. 191; grifo nosso).

Feitas essas colocações, o caso não apresenta questionamentos pela legitimidade: o Requerente, por ser a pessoa condenada na APM de origem, enquadra-se perfeitamente no rol de legitimados do art. 553 do CPPM. Por sua vez, recai à União a prerrogativa de tentar manter a condenação imposta, conquistada por meio de seus órgãos de persecução penal militar (Forças Armadas e MPM), e de fazer cumprir eventual modificação no resultado.

Entretanto, consoante adiantado, é no interesse processual/de agir que se encontra a problemática desta preliminar.

Como expõe o culto Eugênio Pacelli, não cabe interrogar sobre o interesse nas ações penais condenatórias, ao passo que, em regra, o ordenamento somente permite a condenação via processo judicial ajuizado com esse fim, o que automaticamente cumpre o binômio do interesse tanto em relação à "necessidade", quanto pela "adequação". Não obstante, nas demais espécies de processos penais, tal qual a Revisão Criminal, essa lógica não se mantém:

> De modo geral, na teoria do processo, afirma-se que o interesse de agir encontra-se ligado à necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito surgido entre quem se alega titular de um direito subjetivo, oponível a outro, e este, devedor da obrigação a ele correspondente, na clássica conceituação do direito privado, no sentido de que a um direito corresponde um dever. A via jurisdicional, para ser acionada, exigiria, então, o esgotamento prévio e anterior de todas as possibilidades possíveis de autocomposição.
>
> **Se assim se dá no processo civil, o mesmo não ocorre no processo penal, em que, a partir da processualização da persecução penal, não se pode pensar em imposição de sanção penal senão após o devido processo legal. É claro que nas ações penais não condenatórias (ação de revisão, mandado de segurança, habeas corpus etc.) o interesse de agir, como condição da ação, pode**

> **perfeitamente ser aplicável ao processo penal, com a mesma configuração que lhe dá a chamada teoria geral do processo.** (*In Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020; pp. 156/7; grifo nosso).

No caso dos autos, o Requerente veicula, conforme resumido antes, cinco argumentos principais, os quais, conjunta ou separadamente, resultariam na reforma do Acórdão condenatório, seja para absolvê-lo, seja para reduzir a pena inicialmente imposta. Tanto a absolvição quanto a minoração, por óbvio, satisfazem a *necessidade* de emprego da Ação, pois, indiferente do que se alegue, somente por meio de uma Revisão Criminal se pode obter a modificação de uma condenação penal transitada em julgado.

Nesse sentido, não há meio extrajudicial (administrativo ou outro) o qual permita (art. 558 do CPPM) nulificar uma condenação; rever a pena imposta; ou absolver o indevidamente condenado. Somente ao Judiciário são conferidos tais poderes, conforme autoriza o art. 554 do CPPM. Consequentemente, de pronto se denota que a Revisão Criminal é *necessária* por ser o único meio capaz de veicular os pedidos feitos pelo Requerente.

Não obstante, a preliminar se origina da apreciação ao plano da adequação. Como antes visto, essa parte do binômio do interesse processual é satisfeita quando se consegue acomodar o motivo alegado, aquele pelo qual se postula, na hipótese legal que a lei prevê para o manejo do instrumento processual. Retornado ao magistério de Theodoro Júnior, esse fornece exemplos de quando há um manejo *inadequado*:

> Isto poderá acontecer, v.g., no caso de mandado de segurança por parte de quem não dispõe da prova documental indispensável, pois só cabe esse remédio processual quando a parte pretender tutela para direito líquido e certo (CF, art. 5º, LXIX); ou, ainda, no caso de o locador intentar a recuperação da posse do imóvel, perante o locatário, por meio de ação possessória, pois a Lei do Inquilinato prevê que, seja qual for o fundamento do término da locação, a ação para reaver o prédio é a de despejo (Lei 8.245, de 18.10.1991, art. 5º). (Ob. cit., p. 197).

No caso da Revisão Criminal, tem-se que seu uso estará adequado se apresentada situação que perfaça algumas das condições de cabimento elencadas no art. 551 do CPPM. Em outras palavras, será adequada quando a condenação for "contrária à evidência dos autos" (alínea "a"); quando houver se fundado "em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos" (alínea "b"), ou se descobertas "provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena" (alínea "c").

Dito isso, ao confronto dessas previsões com as teses revisionais, observa-se que os fundamentos alegados não se enquadram em quaisquer delas. À

avaliação específica dos argumentos trazidos na Inicial, o Requerente aduz que eles se enquadrariam tanto na hipótese da alínea "a", ou seja, de que o Acórdão contrariou as evidências dos autos; quanto na da alínea "c", visto que "novas provas" teriam sido descobertas desde o tempo da condenação.

Inicialmente, destaca-se que não há adequação das alegações revisionais à ideia de que configurariam novas provas (art. 551, alínea "c").

Na linha da enumeração feita mais acima, o único argumento defensivo que tangencia ser uma "novidade" é aquele de número três, referente ao fato de que este Tribunal teria efetuado uma "desconsideração da personalidade jurídica" indevidamente. Ainda assim, salvo melhor juízo, tal tese não alcança a noção de "nova prova", ao passo que se revela, na verdade, uma tentativa de rediscussão da condenação através do instituto da seara civilista. Logo, ao máximo é uma "alegação nova", mas não uma "prova".

Quanto às demais, enumeradas como um, dois, quatro e cinco, é notável que elas dizem respeito a um eventual reexame do julgamento com motivação no que já constava nos autos ao tempo da Apelação 117-13.2010.7.11.0011. Dessa forma, essas teses nitidamente não configuram sequer argumentos jurídicos novos, mas sim se resumem a questões, direta ou indiretamente, outrora examinadas pela Corte na oportunidade do Apelo.

Assim, desde logo se denota a inadequação dos argumentos da Revisão à ideia de "novas provas" (alínea 'c'). Dito isso, acerca da controvérsia dos fundamentos do Acórdão com as evidências dos autos (alínea "a"), melhor sorte não assiste a pretensão revisional. Como adiantado nos parágrafos imediatamente anteriores, as teses intentam tão só o simples reexame da causa pós-trânsito em julgado.

O Autor sublinhou que a sua companheira à época, a 1º Ten Ex Semiramys, era a única sócia daquela Pessoa Jurídica, o que tornaria incondizente que, ao menos, não tenha ela sido condenada também, inclusive por ser hierarquicamente superior, visto ser oficial. Em seguimento, questionou o descarte do testemunho fornecido pela Sra. Débora Pinheiro Amaral, no qual constariam declarações que refutam as conclusões do Acórdão.

Em acréscimo, argumentou que a COB praticou o crime; que inocorreu a obtenção de vantagem indevida diretamente por ele, o Requerente, o qual, ao máximo, teria praticado alguma forma de falsidade documental; que é inadequada a incidência da causa de aumento do art. 251, § 3º, do CPM; e que seriam ausentes os requisitos e as condições para a incidência da regra da continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP).

Refeito o resumo, tanto a tese referente à condição de ex-sócio da empresa quanto aquela sobre a não condenação da ex-companheira foram examinadas e afastadas no julgamento original. Nesse cenário, ao contrário do posto na Petição Inicial, não se veicula alegação de que uma evidência contrarie a condenação do Requerente, mas sim se traz irresignação com a rejeição dos argumentos formulados ao tempo da condenação.

Essa constatação se retira da simples leitura das ementas do Apelo e dos dois Embargos de Declaração que o Acusado interpôs à época, nos quais já havia pretendido os reexames ora debatidos:

> **Apelação. Emissão e implantação de duas guias de encaminhamento no Sistema de Registro e Encaminhamento do FUSEx, de forma fraudulenta**. Absolvição de ex-sócios de clínica de odontologia, credenciada ao citado plano de saúde, por insuficiência de provas. [...]. **Empreitada criminosa consistiu em emitir e implantar no Sistema de Registro e Encaminhamento (SIRE) duas guias de encaminhamento pelo Centro Oral de Brasília Ltda. (COB), cujos sócios foram denunciados na presente Ação Penal Militar, em coautoria, com outro militar, que atuava junto ao FUSEx**. Os três Acusados vieram absolvidos por insuficiência de provas. Reforma parcial do *Decisum* no que tange ao ST João da Silva Soares, sócio e cônjuge da codenunciada, à época dos fatos. **Era o responsável pela administração da Clínica, mediante procuração que lhe conferia plenos poderes junto às instituições bancárias, como também, perante o FUSEx para a elaboração e entrega das guias de encaminhamento**. **Autoria configurada mediante prova indiciária aliada às demais trazidas aos autos**. **Materialidade comprovada pelas ordens bancárias expedidas em favor da clínica conveniada e confirmação pelo militar dos depósitos bancários efetuados na conta-corrente da clínica**. Preliminares de nulidades rejeitadas. Recurso a que se dá provimento parcial. Decisões unânimes. (STM. AP 0000117-13.2010.7.11.0011. Rel. Min. José Barroso Filho. Julgado em 6.11.2014. Publicado em 24.11.2014; grifo nosso).
>
> Embargos de Declaração. [...]. O reexame do Acórdão só é permitido com o objetivo de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo-retificador para afastar situações de ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição e a complementar ou esclarecer o conteúdo da decisão proferida. A omissão e a contradição apontadas pela Defesa ensejaram a assimetria do Acórdão. Tese inviabilizada. [...]. **Apesar de os dois Réus, na Apelação, serem os responsáveis pela parte administrativa da empresa**, **houve provas suficientes quanto a maior participação e ingerência do ex-sócio e Embargante na gestão financeira, com procuração para atuar junto a instituições bancárias, admitindo inclusive os dois depósitos em conta corrente das quantias mencionadas na exordial**. A existência de duas guias de encaminhamento confeccionadas em nome da mesma pessoa, uma objeto da presente Ação e outra, ventilada em sede de IPM, não configura ambiguidade. Esta

> só ocorre quando a decisão, em qualquer ponto, permite duas ou mais interpretações. Conhecimento do recurso e rejeição, por serem incabíveis. Decisão unânime. (STM. ED 0000117-13.2010.7.11.0011. Rel. p/o Acórdão Min. José Barroso Filho. Julgado em 12.3.2015. Publicado em 30.3.2015; grifo nosso).
>
> Embargos de Declaração. [...]. **A Defesa busca emprestar ao recurso a natureza de "Apelação da Apelação da Apelação, com a finalidade de rediscutir a matéria probatória já enfrentada na primeira Instância, em sede de Apelação e em aclaratórios, inviável nesta seara processual**. [...]. A matéria já se encontra superada, foi amplamente debatida pelo Conselho Julgador e por esta Corte Superior de Justiça, não cabendo mais a sua rediscussão em sede de aclaratórios. **O Embargante era a pessoa de confiança da Empresa para dirimir questões administrativas, mediante procuração outorgada pelas duas sócias à época**. **A emissão das notas fiscais, sem a especificação dos serviços prestados, revela a própria ilicitude da sua conduta**. **A sua declaração em juízo sobre os depósitos das quantias especificadas na Inicial, aponta as suas responsabilidades administrativa, financeira e, em consequência, a criminal**. Os valores descritos nas respectivas notas faziam parte do ajuste entre o segundo e o terceiro denunciado, tanto é que coincidem com aqueles lançados nas guias de encaminhamento implantadas no SIRE. As duas guias de encaminhamento não obedeceram ao trâmite administrativo protocolar, justamente para facilitar a fraude e permitir obtenção da vantagem indevida. **Cada um dos corréus tinha atribuição específica, cabendo aos ex-sócios da Clínica, em princípio, a emissão de notas fiscais pelo serviço odontológico não prestado**. A elaboração das faturas e todo o procedimento anterior à elaboração das notas fiscais, bem como o posterior para a liquidação das despesas, ficaram a cargo de outro corréu na empreitada criminosa, que não permite mais rediscussão em face do manto da coisa julgada. Conhecimento do recurso e rejeição, por serem incabíveis. Decisão unânime. (STM. ED 0000117-13.2010.7.11.0011. Rel. p/o Acórdão Min. José Barroso Filho. Julgado em 12.5.2015. Publicado em 17.6.2015; grifo nosso).

Como se percebe pelos trechos grifados, embora o Condenado fosse ex-sócio da empresa, detinha "procuração que lhe conferia plenos poderes junto às instituições bancárias, como também, perante o FUSEx para a elaboração e entrega das guias de encaminhamento". Assim, com base justamente no produzido na investigação criminal, compreendeu-se que seu envolvimento se demonstrou "mediante prova indiciária aliada às demais trazidas aos autos".

Já sobre a absolvição da Oficial Dentista, à época se concluiu que, "apesar de os dois Réus, na Apelação, serem os responsáveis pela parte administrativa da empresa", as provas indicavam "a maior participação e ingerência do ex-sócio e Embargante na gestão financeira", inclusive porque

ele próprio admitira "os dois depósitos em conta corrente das quantias mencionadas na exordial".

Portanto, acerca desses dois tópicos, notável que as ilações feitas pelo Condenado, diferente do que afirma, não aparentam estar em contrariedade com alguma outra evidência constante nos autos. Diversamente, percebe-se que os questionamentos foram analisados a partir das provas que existiam no arcabouço probatório, de modo que se enfrentaram e se rebateram as alegações feitas àquele tempo e que agora se repetem.

Vencidas essas duas, a respeito da Testemunha descartada, a própria Inicial esvazia essa "evidência". Como reproduziu o Requerente, o relato da civil foi devidamente examinado no Voto proferido. Como colocou o eminente Relator, Ministro Dr. José Barroso Filho, ainda que as afirmações da Sra. Débora Pinheiro do Amaral imputassem à 1º Ten Ex Semiramys a responsabilidade pela clínica, "tal prova testemunhal não se integra às demais trazidas aos autos, até mesmo diante de sua fragilidade".

Tem-se que o argumento não diz respeito a uma evidência esquecida, que não foi examinada ou que possa ter sido erroneamente avaliada, mas sim a uma prova que, no estudo ao mosaico de todas elas reunidas, não logrou dissuadir qualquer dos demais Ministros, visto que a condenação foi unânime. Portanto, se o Acórdão fez referência expressa a essa evidência, bem como forneceu o porquê de não a empregar, é impossível inferir que exista contradição entre os dois.

Em continuação, quanto ao argumento da "desconsideração da personalidade jurídica", isto é, de que o estelionato teria sido praticado pela sociedade empresarial e que o ex-militar foi condenado no lugar dessa, percebe-se que a tese não se fundamenta em qualquer informação constante nos autos. A bem da verdade, nunca sequer se aventou a responsabilidade da Pessoa Jurídica no Acórdão atacado, ou de outra forma se "desconsiderou" sua personalidade para chegar ao Requerente.

Nesse cenário, colocar que a condenação por estelionato deveria recair à empresa porque foi ela que recebeu os valores, sem apontar de que forma essa se conduziu para prática do estelionato, notavelmente não satisfaz a hipótese legal. É inocorrente evidência ou prova que afiance o cenário hipotético do Requerente e, mais que isso, que torne questionável/contraditório o julgamento prolatado, no qual se pontuoaram a materialidade e a autoria atribuíveis ao então Subtenente.

Por fim, no que toca à discordância com a aplicação dos dispositivos referentes à agravação especial (art. 251, § 3º, do CPM) e à continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP), da mesma forma que as teses sobre o envolvimento da 1º Ten Semiramys, são elas meras repetições do discutido no Juízo condenatório. Constata-se que há uma impugnação ao aumento da pena,

sem novamente destacar que contradição haveria entre alguma evidência dos autos e os fundamentos utilizados pela Decisão atacada.

Somente cabe concluir que as teses não se sustentam em "evidência contrária", o que se percebe neste exame perfunctório. Ao aproximar as colocações supra à teoria das condições da ação, especificamente no âmbito do *interesse*, na faceta da *adequação*, nota-se que a causa, qualquer que seja a alegação, não satisfaz a hipótese de cabimento para que, então, mereça ser examinada em seu mérito.

Como grifado na doutrina, mais do que afirmar a existência de encaixe na hipótese legal, deve ser constatada uma efetiva adequação do que se alega com essa, de modo a justificar a viabilidade da causa em receber o julgamento exauriente. Compreender em contrário transformaria a Revisão em um mero pedido de reanálise, causando com que a modificação da coisa julgada deixe de ser uma excepcionalidade e se torne algo facilmente questionável.

Logo, caso a Corte avance ao mérito, não estará a examinar situações efetivamente motivadoras da Revisão Criminal, que seriam capazes de ocasionar um dos resultados previstos no art. 558, *caput*, do CPPM. Ao contrário, a Casa repetirá o julgamento de causa finda, com base em alegações que foram exaustivamente analisadas na ação transitada em julgado sem poder chegar a outro resultado que não a improcedência.

Em suma, as teses do Autor não demonstram adequação ao interesse processual/de agir ligado à Revisão Criminal, que é representado nas hipóteses do art. 551 do CPPM. Assim, é forçoso que se bloqueie o avanço ao mérito, porque não há o cumprimento com parte dos requisitos legais mínimos, os quais permitiriam que a condenação transitada em julgado recebesse o julgamento extraordinário de revisão.

Frisa-se que a construção feita detém precedentes deste próprio Tribunal. Nesse sentido, cito a seguir casos análogos a este, em que se reconheceu o emprego inadequado da Revisão, razão pela qual se deixou de conhecer do mérito:

> REVISÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. **GRADUADOS DA MARINHA DO BRASIL CONDENADOS A PENAS SUPERIORES A DOIS ANOS. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO OU DE ERRO NA APRECIAÇÃO DOS FATOS. ACOLHIDA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. A ação autônoma de impugnação, denominada Revisão Criminal, não se presta ao mero reexame da causa, senão que busca desconstituir a condenação, caso sobrevenha aos autos notícia de fato relevante e novo, não aquilatado pelo órgão prolator da sentença.** [...]. No entanto, **a matéria fática e jurídica suscitada nem sequer é original, porquanto já levada à análise do Poder Judiciário em oportunidade anterior**. **Nada de inédito se descortina no pleito, tampouco erro que demande ou autorize revisão do julgado**.

Preliminar de não conhecimento do pleito acolhida. Decisão unânime. (STM. RC 0000003-74.2014.7.00.0000. Rel. Min. José Américo dos Santos. Julgado em 17.9.2014. Publicado em 3.10.2014; grifo nosso).

REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 551, ALÍNEAS "A" E "C", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. [...]. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE NÃO PREENCHIDOS. ACOLHIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. [...]. **A Revisão Criminal fundamentada na contrariedade da condenação à evidência dos autos, conforme disposto na alínea "a" do artigo 551 do CPPM**, **pressupõe que a discussão em torno dessa comprovação restará circunscrita ao campo da prova**, **ou seja**, [...] "(...) **para que a ação seja conhecida e provida sob tal fundamentação, será necessário que a decisão não esteja apoiada em prova válida e consistente**.". Já em relação à alínea "c" do artigo 551 do CPPM, **a apresentação de nova prova tendente a invalidar a condenação deve ser validada mediante Justificação Criminal perante o Juízo de primeiro grau, onde será submetida ao contraditório e à ampla defesa**. Preliminar de não conhecimento acolhida. Decisão por unanimidade. (STM. RC 7000858-55.2019.7.00.0000. Rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino. Julgado em 10.12.2019. Publicado em 19.12.2019; grifo nosso).

REVISÃO CRIMINAL. [...]. PRELIMINAR. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOVOS. FUNDAMENTOS DEBATIDOS EM SENTENÇA E NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. ACOLHIMENTO. [...]. II - **No caso concreto, apesar de afirmar que a Decisão condenatória é contrária a evidência dos autos, a Defesa se ateve a reiterar argumentos já elencados, debatidos e rechaçados tanto na Sentença do Conselho Permanente de Justiça, como no Acórdão unânime proferido por esta Corte Castrense no julgamento da Apelação**. III - **Desnecessária qualquer análise do conteúdo da Petição Inicial para fundamentar a negativa do pedido defensivo, admitir a Revisão Criminal significaria permitir uma "Terceira Instância" após o trânsito em julgado, o que foge ao objetivo do instituto**. IV - Preliminar acolhida. Ação de Revisão Criminal não conhecida. Decisão unânime. (STM. RC 7000476-62.2019.7.00.0000. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 23.10.2019. Publicado em 13.11.2019; grifo nosso).

REVISÃO CRIMINAL. REVISITAÇÃO DE MATÉRIA JÁ EXAMINADA E DECIDIDA NA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE FATO NOVO A JUSTIFICAR O PEDIDO REVISIONAL. AUSÊNCIA DE BASE LEGAL A AMPARAR A REVISÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. **A Revisão Criminal não é – e não pode ser – um remédio de emprego irrestrito pelo indivíduo porque, sem quaisquer limites, constituiria um instrumento de desenfreado questionamento das decisões condenatórias em geral e já seladas pelo trânsito em julgado, com sério comprometimento da ordem jurídica – pretendida e**

> **idealisticamente justa – a qual, à evidência, ainda que provavelmente cuide da liberdade do indivíduo, não descura a preservação dos interesses coletivos, destacadamente o da pacificação social e o do bem comum. Nessa esteira, somente é cabível a Revisão Criminal nos estritos limites dispostos pela Lei Processual Penal**. Hipótese em que o alegado fato novo – ou seja, constituição de novo advogado – não se presta para embasar legalmente o pedido revisional; **ademais, inescondível é também na espécie a pretensão do Requerente de revisitar matéria já apreciada e decidida na Apelação, o que, por si só, inviabiliza o conhecimento da Revisão Criminal**. Preliminarmente, não conhecimento da Revisão Criminal. Por maioria. (STM. RC 7000457-56.2019.7.00.0000. Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos. Julgado em 4.6.2020. Publicado em 3.7.2020; grifo nosso).
>
> **REVISÃO CRIMINAL**. [...]. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. PEDIDO NÃO CONHECIDO. UNANIMIDADE. **Não deve ser conhecida Revisão Criminal quando as hipóteses elencadas no art. 551 do CPPM não são identificadas na inicial. Não é função da Revisão Criminal o reexame de questões fáticas e probatórias, mas a apreciação de fatos, trazidos pela Defesa, que demonstrem o equívoco no julgamento. A Revisão Criminal não configura instância recursal, não podendo meras irresignações representarem instrumento fundamental para se realizar revisão ou rescisão de *decisum*, sob o manto da coisa julgada.** Acolhida a arguição do Relator de não conhecimento do pleito revisional. Decisão unânime. (STM. RC 7000437-65.2019.7.00.0000. Rel. Min. William de Oliveira Barros. Julgado em 4.3.2020. Publicado em 18.3.2020; grifo nosso).

Ademais, o acolhimento da preliminar é, em certa medida, favorável ao Requerente, já que resultará em uma extinção sem julgamento do mérito (art. 485, inciso VI, do CPC). Quando ocorrida tal forma de finalização da Demanda, não se produz coisa julgada material, somente formal, fato que, embora impeça a continuidade da discussão nestes autos, não barrará que o Condenado ajuíze novamente este tipo de processo com idênticos argumentos.

Isso será possível justamente porque o Tribunal não dará uma solução com caráter de definitividade às alegações formuladas. Logo, não se deixará de receber uma nova Revisão, desde que as teses dessa vez sejam reapresentadas ou com um substrato concreto mínimo da presença de contrariedade da Decisão com as evidências dos autos (alínea "a"), ou que de fato se fundem em provas novas (alínea "c").

Pelo exposto, **voto por**, ao suscitar de ofício, **acolher preliminar de não conhecimento da Revisão Criminal ajuizada**, por *carência da ação*, em face da ausência de *interesse processual* (art. 17 do CPC). Dessa forma, igualmente voto por julgar extinto o processo sem resolução de mérito, conforme dispõe o art. 485, inciso VI, do CPC.

MÉRITO

Caso vencida a preliminar que se suscitou, em linha com o exposto previamente, as teses revisionais, uma vez que sequer se enquadram adequadamente nas hipóteses legais de manejo da Revisão, no mérito, não podem receber julgamento de procedência.

Na ordem em que antes enumerados os questionamentos do Autor, o Acórdão condenatório do Apelo esclareceu que a autoria do ex-militar foi constatada por meio, principalmente, da procuração que detinha para a administrar "a parte financeira da empresa junto às instituições bancárias", ou seja, circunstância independente de ser sócio ou ex-sócio ao tempo dos delitos. Além disso possuía "total acesso à conta corrente em nome da Clínica e tinha plenas condições de identificar a que serviços se referiam valores tão altos depositados pelo FUSEx".

Em continuidade, a fundamentação do Voto condutor destacou que o Réu, "em seu interrogatório, declarou que percebeu dois depósitos nos valores de R$ 23.000 [...] e R$ 27.000 [...] na conta do COB". Ainda, ao saber que "os valores haviam sido pagos indevidamente, sem contraprestação de serviço, ficou silente durante todo o *iter criminis*". Não suficiente, denotou-se que ele, através da COB, emitiu "duas notas fiscais de nº 558 e 567, com os valores descritos na Inicial [Denúncia], atestando a prestação de serviços, de forma fraudulenta, buscando manter a Administração Militar em erro".

A respeito da não responsabilização da companheira, a Oficial Semiramys, novamente o Acórdão da Apelação foi extremamente claro, ao sublinhar a falta de provas que permitissem a certeza suficiente de que a militar também estava envolvida nos crimes perpetrados pelo marido. Somou-se a isso a conferência de poderes amplos ao ex-Subtenente mediante a aludida procuração.

Não suficiente, como visto na análise da preliminar, nesse instante, examinou-se também o testemunho dissonante fornecido pela Sra. Débora Pinheiro do Amaral, que indicaria uma responsabilidade pela Oficial, o que, entretanto, restou afastado em virtude da sua disparidade com o restante do caderno probatório. Transcrevem-se os trechos do Julgado que esclarecem essas duas "contradições" questionadas na Revisão:

> No tocante a corré ex-1º Ten Tempo Semiramys Silva Nunes de Souza Soares, assistia razão ao Órgão Ministerial quando, em alegações escritas, postulou pela absolvição da ré, com fulcro na alínea e do art. 439 do CPPM.
>
> Constata-se nos autos que a ex-1º Ten Temp Semiramys Silva Nunes de Souza Soares, tanto na fase inquisitorial como em juízo, negou veementemente qualquer participação nos fatos apontados na Exordial.

> Sempre alegou que não atuação na administração da clínica COB. **Para tal, em 24 de outubro de 2003, nomeou como procurador o seu consorte ST João da Silva Soares, conferindo-lhe amplos e especiais poderes para gerir e administrar ativa e passivamente, a aludida firma** [...], sendo a procuração revogada em 26 de novembro de 2007.
>
> **Uma testemunha isolada**, **a Sra. Débora Pinheiro do Amaral**, funcionária da Clínica na época dos fatos, **afirmou ser a Acusada responsável pela parte administrativa**. **No entanto, tal prova testemunhal não se integra às demais trazidas aos autos, até mesmo diante de sua fragilidade**.
>
> [...].
>
> No entanto, restou insuficiente qualquer comprovação quanto à autoria em relação à Acusada, pelo fato de ter apontado um álibi muito forte, qual seja, a procuração lavrada em favor do ST Ex Soares, seu cônjuge e sócio, na época dos fatos. Portanto, deve ser mantida a sua absolvição por insuficiência de provas. (Grifo nosso).

A seguir, sobre a empresa ser a real responsável pelo estelionato, porque os valores obtidos teriam sido depositados pelo Fundo de Saúde do Exército (FUSEx) na conta dessa, a tese não é aceitável. Nesse sentido, além de não existir contradição no corpo do Acórdão, é nítido que as ações criminosas são todas imputáveis ao Requerente, que participou tanto da fraude documental usada de ardil para induzir/manter a Administração em erro, quanto da consequente obtenção das vantagens indevidas.

Nesse desiderato, acaba também afastada a alegação de contradição da condenação por estelionato e não somente por falsidade documental. Percebido que a adulteração de documentos serviu a uma finalidade maior, isto é, ao crime-fim de estelionato, resta automático que se desconsidere a condenação simplesmente pelo falso e que se avance diretamente ao intento criminoso, que congloba o instrumento (falso empregado) e o objetivo finalístico do criminoso (obtenção de vantagem ilícita).

Isso tudo foi apontado no Voto condutor da Apelação, ao qual novamente nos reportamos, *in litteris*:

> **O mesmo não pode ser afirmado em relação ao ST Soares, em razão dos fatos expostos, ou seja: a condição de responsável administrativo pela Clínica, inclusive pelas atividades financeiras junto a instituições bancárias; era o responsável pelo recebimento das guias de encaminhamento e quem elaborava as notas fiscais para o FUSEX; e, finalmente, por ter confirmado o recebimento dos valores na conta corrente da empresa**; e sua relação estreita com o terceiro réu.
>
> Portanto, com o apoio na doutrina de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, contida na afirmação de "serem os indícios autênticos fatos, além de se utilizar dos processos de indução e dedução na sua

> avaliação", restou caracterizada, pela forte prova indiciária, a autoria da sua conduta ilícita denunciada pelo MPM, no tocante ao ST Ex João da Silva Soares.
>
> **Quanto à materialidade, há a sua configuração nos autos em razão das duas ordens bancárias nº 2006OB901021 e nº 2006OB901386, com a transferência da vantagem indevida para conta corrente em nome da empresa COB. Acresce-se, ainda, a confirmação do recebimento dos valores pelo ST Soares, em seu depoimento, o que afasta qualquer dúvida quanto ao recebimento da quantia.**
>
> A culpabilidade também se encontra caracterizada. O ST Ex João da Silva Soares, na condição de administrador e conhecedor dos procedimentos técnicos em relação ao convênio do FUSEx, de detalhar todas as guias, pacientes e serviços prestados, não afasta a sua responsabilidade penal.
>
> **Por fim, não há como eximir o ST Ex João da Silva Soares de responder penalmente por sua conduta delituosa. Cabe a conclusão de que o Réu, *in casu*, agiu com dolo, ante seu conhecimento da ilicitude praticada, é imputável, além de lhe ser exigível conduta diversa; sendo assim, não há que falar em se manter a absolvição.** (Grifo nosso).

No que toca à última controvérsia, aproveitado o todo exposto, nota-se que, justamente com base nas evidências existentes, a natural conclusão é de que os dois estelionatos foram praticados pelo ex-militar contra a Administração Pública e que o *modus operandi* se mostrou extremamente parecido. Assim, forçoso que incidissem a agravante (art. 251, § 3º, do CPM) e a exasperação da continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do CP), como expôs explicitamente o Relator:

> Na segunda fase: **aplica-se a circunstância agravante ínsita no § 3º do art. 251 do CPM, tendo em vista ter sido o crime praticado por militar da ativa contra patrimônio sob a administração militar**, nos limites impostos no art. 73 da mesma lei.
>
> [...].
>
> Na terceira fase: **verificada a continuidade delitiva entre os delitos praticados pelo Réu, tendo em vista que se trata de crimes da mesma espécie, praticados com iguais condições de tempo, lugar e maneira de execução, por duas vezes, aumenta-se a pena na fração de 1/6 (um sexto), à luz do art. 71 do CP comum, em face da sua aplicação subsidiária**, por ser mais benéfico ao Réu, tornando-se definitiva em 2 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão. (Grifo nosso).

Vencidas todas as motivações trazidas na Revisão Criminal, cabe por fim oferecer fundamentação a respeito do "pedido" formulado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar para que se dê procedência à Revisão

Criminal de modo a reduzir a pena fixada ao patamar de 2 anos e, com isso, afastar a aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas (art. 102 do CPM). Dito isso, o pedido resta igualmente desprovido de razão.

Inicialmente, válido destacar o caráter questionável do requerimento feito pela culta Parecerista, ao passo que não formulou uma concordância com qualquer das alegações da Petição Inicial, mas sim trouxe uma tese inteiramente nova. Além disso, não coliga seu ideal a qualquer que seja das hipóteses de causa de pedir da Revisão (art. 551 do CPPM), pois diz respeito a uma redução da pena por questão de "proporcionalidade, equidade e justiça".

Tem-se, portanto, situação em que o MPM, que atua para representar o interesse da União na manutenção da condenação imposta, ofertou um "aditamento" aos fundamentos e aos pedidos do Requerente, quando o Órgão Ministerial sequer é legitimado para o ajuizamento desta ação (art. 553 do CPPM). Em acréscimo, porque o requerimento nem tenta se encaixar nas hipóteses legais, novamente se teria dúvida sobre a adequação do interesse processual em questão.

Ainda assim, caso superemos essas dificuldades, no mérito do Parecer, descabe julgá-lo procedente, uma vez que, ao contrário do defendido, a pena fixada é proporcional, equânime e justa, além de ser a simples redução, com o fim de evitar o gravame da pena acessória, a verdadeira injustiça.

Respeitada a leitura que se faz em cima da longeva carreira que o ex-militar manteve na Força, compreendo que é igualmente razoável que se observe esse detalhe por outro ângulo. Nesse sentido, o Requerente foi um graduado que, no decorrer de 35 anos de serviço, com a absoluta certeza, deteve tempo de absorver, por meio de suas lides diárias, os conhecimentos e noções necessários para determinar as condutas certas e erradas, lícitas e ilícitas, principalmente no âmbito da Caserna.

Mais que isso, se ele valorizava a aposentadoria a qual teria direito ao ir para a reserva, parece racional que, ao invés de adotar conduta direcionada à prática de delitos, olvidasse de colocar a perigo a carreira e o prestígio social que detinha. Por fim, difícil desassociar que, embora entregues quase quatro décadas de vida ao Exército, o Requerente ainda assim optou em direcionar suas intenções criminosas justamente contra o patrimônio da Administração que o empregou e remunerou todo esse tempo.

Absorvidas essas colocações, notável que não há caminho válido para que se busque a desconsideração da agravante do art. 251, § 3º, justamente em favor de indivíduo que lesou o patrimônio público com o qual detinha especial vínculo. A continuidade delitiva, por sua vez, foi um abrandamento à

verdadeira pena devida, ao passo que impôs a consideração de dois delitos como um só, com a consequente exasperação em 1/6 somente, ao invés do somatório simples, que a lei castrense prevê (art. 80 do CPM).

Além disso, após se depurar a argumentação ministerial, percebe-se que não há uma objetividade clara o suficiente que permita determinar, ao se julgar, quais condenados a penas maiores de 2 anos merecerão a redução "inominada", com o fim de evitar a pena acessória, e quais não. Será difícil saber quando a legalidade do art. 102 do CPM será algo "inapropriado", de forma que então se ceda a essa benesse sem previsão legal.

Logo, não é a pena acessória que padece de injustiça, mas sim a aplicação pretendida: ao invés de se fornecer o tratamento isonômico pretendido por meio da lei – a qual foi previamente determinada, além de ser genérica e objetiva em sua previsão –, será o arbítrio judiciário quem fixará (sem parâmetros certos, nítidos e acessíveis anteriormente) os criminosos que fazem jus a permanecerem na Força e aqueles que não.

De mais a mais, se a real preocupação veiculada pela Procuradoria-Geral de Justiça Militar é para com a pensão do ex-militar e a sua capacidade de sustento, notável que não cabe a esta Justiça imiscuir-se nos aspectos administrativos da pena que impõe ou dos efeitos previdenciários que disso decorrerá. A pena acessória de exclusão da Força (art. 102 do CPM) nada dispõe sobre o que será a "exclusão", nem como repercutirá na contagem do tempo de serviço e/ou de contribuição do ex-servidor público militar.

Isso não equivale a dizer que a Justiça Militar impõe pena injusta, desproporcional ou irrazoável. Ao contrário, se houver injustiça, essa nitidamente ocorre na seara administrativa, em virtude dos efeitos que são dados pela Administração Militar no emprego das legislações de regência. A título de exemplo, o Estatuto dos Militares (Lei 6.880, de 9.12.1980) prevê no art. 127, parágrafo único, que a Praça excluída a bem da disciplina restará "sem direito a qualquer remuneração ou indenização".

Se esse cenário causar alguma sorte de injustiça, isso obviamente não escapará ao exame do Poder Judiciário, consoante garante o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República (CR/88), porém deverá a instância competente ser acionada. No caso de questões previdenciárias, a despeito da exclusão ter como origem a pena aqui imposta, notável que se estará a discutir a concessão ou manutenção do soldo/pensão, caso que recai à Justiça Federal comum, como determina o art. 109, inciso I e § 3º, da CR/88.

A título exemplificativo, cita-se o precedente desta Casa referente ao julgamento da Representação para Declaração de Indignidade para o Oficialato 7001351-32.2019.7.00.0000. Na oportunidade, embora examinasse a "exclusão" de um Oficial já aposentado, a Corte fixou que lhe escapa a atribuição para examinar questões de ordem administrativa-previdenciária, as quais detêm foro competente na Justiça Federal:

> REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE OU DE INCOMPATIBILIDADE (RDII). [...]. TESE SUBSIDIÁRIA. MANUTENÇÃO DA APOSENTADORIA PELA REFORMA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA FORA DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM). [...]. V - Em tópico subsidiário, buscou o Requerido a manutenção da aposentadoria, uma vez que foi reformado em 30.6.1994 e os fatos pelos quais foi condenado somente passaram a ocorrer em 2003. Sustenta que a Constituição da República de 1988 (CR/88) protege o direito adquirido daquele que perfez as condições necessárias, especialmente no que concerne ao benefício da inatividade. Ademais, por se tratar de pessoa com mais de 80 anos, compreende que será posto em situação de indigência, na hipótese de ser cassada sua percepção a esses proventos. VI - **Não obstante os fundamentos apresentados, a questão suscitada é de natureza previdenciária, fato que a retira da esfera de atribuições deste Tribunal, dado que sua competência se limita a tão só processar e julgar a Ação Representativa, com a porventura imposição da sanção de perda de posto e patente ao Oficial das Forças Armadas (art. 6º, I, alínea "h", da Lei 8.457 de 1992)**. Em verdade, **a matéria se identifica com as prerrogativas da Justiça Federal comum, consoante inteligência retirável do art. 109, inciso I, §§ 3º e 4º, da CR/88**. **Assim, o exame desse pedido refuga à competência da Justiça Militar da União, razão pela qual não foi conhecido**. Precedentes deste Superior Tribunal Militar. [...]. Decisão unânime. (STM. RDII 7001351-32.2019.7.00.0000. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 17.9.2020. Publicado em 25.9.2020; grifo nosso).

Pelo todo exposto, **voto** por julgar **improcedente** a Revisão Criminal, mantida incólume a Sentença condenatória prolatada na Ação Penal Militar 117-13.2010.7.11.0011.

Superior Tribunal Militar, 8 de abril de 2021.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro-Revisor

Índice de Assunto

A

Acusado

prejulgamento, 114-115

Agravo Interno

notícia crime

não acolhimento, 165-180

Apelação

estelionato, 243-274

silêncio malicioso, 244, 254, 260

furto, 209-230

acordo de não persecução penal, 210-211

homicídio qualificado

individualização da pena, 201-203

tentativa, 189

tráfico, posse ou uso de substância entorpecente em local sujeito à administração militar, 231-242

crime impossível, 237

crueldade da pena, 239

princípio da insignificância

inaplicabilidade, 238

B

Bacharel

definição, 70-71

C

Clamor social

conceito,114

Comunicação de massa, 112-113

Condução coercitiva, 354

Conselho de Justificação

arguição de nulidade, 277-349

arguição de cerceamento de defesa, 279, 295

intempestividade, 294

suspeição do presidente

rejeição, 279, 293

ética militar

descumprimento, 286-287

Crime militar

critério objetivo, 23

definição, 416-417

estelionato, 254-256

Crime militar por extensão, 402, 417-419

Crime político

julgamento

competência, 171, 173

Cultura jurídica, 100-101

D

Declaração de indignidade para o oficialato, 383

Dever militar, 287

Dignidade humana, 111

Direito à informação, 110, 112

Direito de expressão, 111

Direito de Guerra

evolução, 40-41

princípios

autodefesa, 51

Jus ad bellum, 42, 50

Direito Humanitário Internacional

Princípio

Jus in bello, 39, 42-43, 48, 55-59

Direito Internacional

evolução, 41

Estado fiscal-militar no México

história, 123

Estelionato de rendas mensais, 244

Exército (México)

gasto militar, 124-126

F

Forças Armadas

polícia judiciária nas, 24

H

Habeas corpus

liminar

concessão

história, 143-147

Menezes, Evandro Moniz Corrêa, 143, 160

I

Império do Brasil

Código Criminal

crime

conceito, 75

crime contra a administração pública, 77

crime contra a liberdade individual, 77

crime contra a segurança individual, 78

conspiração, 77

inimputabilidade penal, 75

insurreição, 77

pena

aplicação, 76

rebelião, 77

sedição, 77

constituição do, 80

cultura jurídica, 72

juristas, 71

pensamento jurídico, 69

Inquérito Policial Militar

Instauração, 25

finalidade, 402

relatório, 413

IPM ver Inquérito Policial Militar

J

Juiz

imparcialidade, 118

violação, 115

Jurista

definição, 65

Vasconcelos, Bernardo Pereira de, 73

Bueno, José Antônio Pimenta, 79

Sousa, Paulino José Soares de Sousa, 87

Meneses, Tobias Barreto de, 93

Juiz Federal

competência, 429

Justiça Militar da União

competência, 23

alteração, 24

expansão, 23

matéria administrativa, 424, 430

história, 137-138

Justiça Militar Estadual

jurisdição, 23

L

Lei Geral para a Solução de Litígios Internacionais do Pacífico, 50

Lei Maria da Penha, 447-452, 455

Liberdade de expressão, 105, 110

Liberdade de informação, 111

M

Mandado de segurança

condução coercitiva, 353-376

Marinha do Brasil

Delegacia de Polícia Judiciária Militar, 34

Polícia Judiciária Militar na, 23

Núcleo de Polícia Judiciária Militar, 26

Serviço de Polícia Judiciária Militar, 30

O

Opinião pública, 106-110

P

Petição

preliminar de incompetência da Justiça Militar da União

rejeição, 379, 383

preliminar de prescrição

rejeição, 380, 387

dignidade de oficial

reconhecimento, 380

Polícia Judiciária

delegação, 25

Princípios

nemo tenetur se detegere, 354

presunção de inocência, 115

R

***Ratione Legis* ver Critério objetivo**

Recurso em sentido estrito

Inquérito Policial Militar

prosseguimento, 403-423

tempo de serviço de militar

não provimento, 424-435

violência doméstica, 436-458

Reforma de militar *ex officio*, 257

Revisão criminal

causa de aumento de pena

afastamento, 462-485

extinção da punibilidade

declaração, 462-485

preliminar de não conhecimento, 467-485

S

Segunda Guerra Mundial (1939-1945)

história, 37-39

Superior Tribunal Militar

atribuição, 170-171

Súmula, 436

T

Teoria da cegueira deliberada

aplicação, 262

V

Valor militar, 286

Violência contra a mulher, 447-449

Violência de gênero, 447

Violência doméstica, 447

Impressão e acabamento:
Seção de Editoração e de Revisão do Superior Tribunal Militar

---

Formato: 17 x 26 cm
Papel do miolo: Gloss 80g/m²
Papel da capa: Couchê 150 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT
Número de páginas: 515
Acabamento: Capa dura