



PODER JUDICIÁRIO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

# REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA



**STM**  
SUPERIOR  
TRIBUNAL  
MILITAR

## DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 31  
Número 1  
Julho/2021 a Dezembro/2021



REVISTA DE DOCTRINA  
E JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL



REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 31  
Número 1  
Jul./2021 a Dez./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**

**Chefe de editoração e de revisão**

Mosair Gomes Lima de Freitas

**Capa**

Antonio Simão Neto

Eduardo Monteiro Pereira

**Projeto gráfico e diagramação**

Eduardo Monteiro Pereira

**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. 31, n. 1 (jul./dez. 2021). – Brasília, DF : Superior Tribunal Militar, Diretoria  
de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2022-.

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

---

Catálogo 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 – 2022**

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

Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz (*Vice-Presidente/Corregedor da JMU*)

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 Dr. José Barroso Filho

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 1ª Sessão Administrativa, de 16/2/2022

Expediente Administrativo nº 5/2022

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 Dr. José Barroso Filho (*Suplente*)

Secretário da Comissão

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

---

## **GALERIA DOS MINISTROS APOSENTADOS – 1994 A 2014 (POSSE)**

### **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 Felipe Sampaio de Lacerda Júnior**

Data da Posse: 23/7/1997

Data de Afastamento: 1<sup>o</sup>/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

**Almirante de Esquadra Marcus Vinicius Oliveira dos Santos**

Data da Posse: 9/12/2010

Data de Afastamento: 19/3/2021



## SUMÁRIO

**APRESENTAÇÃO** ..... 13

**BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR** ..... 17

### **DOCTRINA**

A GUERRA NA UCRÂNIA E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO ... 23  
Romeu Costa Ribeiro Bastos

O DIREITO APLICADO NAS OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA  
ORDEM – BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO EMPREGO DAS  
FORÇAS ARMADAS NAS ELEIÇÕES ..... 49  
Reynaldo Rispoli Gatti

OS REFLEXOS DO TRIBUNAL MILITAR DE NUREMBERG NA JUSTIÇA  
PENAL INTERNACIONAL E HUMANITÁRIA PÓS-SEGUNDA GUERRA  
MUNDIAL ..... 85  
Roana de Brito Rangel Guerra

LINHÃO DE TUCURUÍ – UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE  
FINALIZAÇÃO DA OBRA DE INTERLIGAÇÃO ENERGÉTICA..... 99  
Flávio Henrique Albuquerque de Freitas  
Gina Vidal Marcílio Pompeu

LEY ARGENTINA DEL IMPUTADO ARREPENTIDO O EL “PENTIMENTO”  
DEL LEGISLADOR ..... 117  
Sergio Diaz Ricci

FRANCE: THE PENAL STATUTE OF FRENCH SOLDIERS ENGAGED  
IN MILITARY OPERATIONS ABROAD ..... 147  
Pierre Bricard

### **ACERVO HISTÓRICO**

PROCESSO Nº 2506/1970  
SEQUESTRO DE AERONAVE COMERCIAL ..... 189  
Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **APELAÇÃO**

7000276-84.2021.7.00.0000 ..... 205  
Relatora – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

7000293-23.2021.7.00.0000 .....	230
Relator – Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira	
7000295-90.2021.7.00.0000 .....	277
Relator – Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino	
7000375-54.2021.7.00.0000 .....	299
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo	
7000393-75.2021.7.00.0000 .....	324
Relator – Alte Esq Leonardo Puntel	
7000549-63.2021.7.00.0000 .....	347
Relator – Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros	
7000770-80.2020.7.00.0000 .....	391
Relator – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz	
7000833-08.2020.7.00.0000 .....	503
Relator – Alte Esq Celso Luiz Nazareth	

### **CORREIÇÃO PARCIAL**

7000258-63.2021.7.00.0000 .....	539
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi	
7000412-81.2021.7.00.0000 .....	555
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes	

### **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

7000389-38.2021.7.00.0000 .....	565
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos	
7000741-30.2020.7.00.0000 .....	573
Relator para o acórdão – Dr. José Coêlho Ferreira	

### **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE**

7000610-21.2021.7.00.0000 .....	621
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira	

### **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

7000256-93.2021.7.00.0000 .....	639
Relator – Gen Ex Marco Antônio de Farias	
7000591-15.2021.7.00.0000 .....	655
Relator – Dr. José Barroso Filho	

<b>ÍNDICE DE ASSUNTO .....</b>	<b>667</b>
--------------------------------	------------

# 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 31, número 1, que abrange os acórdãos julgados no período de julho a dezembro de 2021.

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

a) “A Guerra na Ucrânia e o Direito Internacional Humanitário” (General de Divisão ROMEU COSTA RIBEIRO BASTOS);

b) “O Direito Aplicado nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem – Breves considerações acerca do emprego das Forças Armadas nas eleições” (Capitão QCO REYNALDO RISPOLI GATTI);

c) “Os reflexos do Tribunal Militar de Nuremberg na Justiça Penal Internacional e Humanitária pós-Segunda Guerra Mundial” (Doutora ROANA DE BRITO RANGEL GUERRA);

d) “Linhão de Tucuruí – uma análise sobre a necessidade de finalização da obra de interligação energética” (Juiz de Direito Doutor FLÁVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS e Doutora GINA VIDAL MARCÍLIO POMPEU);

e) “Ley Argentina del imputado arrepentido o el ‘Pentimento’ del Legislador” (Doctor SERGIO DIAZ RICCI);

f) “France: the Penal Statute of french soldiers engaged in military operations abroad” (Former French civil judge currently retired PIERRE BRICARD).

Importa 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). A Comissão solicita, então, a colaboração dos leitores para encaminharem sugestões de novos livros publicados, mediante o correio eletrônico [jurisprudencia@stm.jus.br](mailto:jurisprudencia@stm.jus.br). No mesmo seguimento, ressalta-se, outrossim, a importância da seção denominada “Acervo Histórico”, na qual se propõe a difusão de peças judiciais 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](http://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 aos “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 2020-2022, voltados para o Direito Militar, o Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)<sup>1</sup>:



NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Penal Militar**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2022.

**RESENHA:** Nesta obra, trataremos não apenas da Parte Geral, mas incursionaremos no estudo dos tipos penais militares em espécie, previstos na Parte Especial do Código Castrense. Pontualmente, a título de comparação ou de solução de aparentes conflitos, trataremos de alguns crimes comuns que podem ser trasladados para o Direito Militar, os quais chamamos de crimes militares extravagantes.

SOUSA, Flávia Ximenes Aguiar de. **O Emprego das Forças Armadas em Situações de Conflitos Internos Graves**. Uma análise das Regras de Engajamento e a compatibilidade com os Direitos Fundamentais. São Paulo: Dialética, 2022.



**RESENHA:** Esta pesquisa dispõe-se a verificar a compatibilidade das Regras de Engajamento à luz dos princípios garantidores dos direitos fundamentais do indivíduo durante o emprego das Forças Armadas brasileiras em âmbito interno para o controle da violência urbana extrema. Em um primeiro momento, são expostos os conceitos utilizados para a identificação dos atores envolvidos em um conflito armado não internacional (CANI), inseridos no Direito Internacional Humanitário. Em seguida, são analisados os requisitos de existência de um CANI, bem como as dificuldades para o seu reconhecimento. Em seguida, é feita uma análise do papel constitucional das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, bem como da possibilidade constitucional de intervenção federal, em razão de grave comprometimento da ordem pública. Por fim, é realizado um cotejo entre as normas de conduta inseridas nas regras de engajamento utilizadas nas Operações São Francisco e Rio de Janeiro e os princípios basiladores do Direito Internacional dos Conflitos Armados para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos direta e indiretamente envolvidos no conflito, tendo como marco legal o Estatuto de Roma.

---

<sup>1</sup> O campo BIBLIOTECA DO DIREITO MILITAR não possui fins lucrativos, sendo meramente informativo.



NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2022.

**RESENHA:** Mesmo sendo uma obra densa em conteúdo, é didática no seu esclarecer, em linguagem que nos motiva a ler mais e mais o seu teor [...]. Essa experiência aliada à sensibilidade já mencionada se faz necessária e se fez presente quando se trata de tal temário. Estamos a falar de um ramo, o Direito Militar, que está a se expandir não só no Brasil como fato natural no mundo jurídico comparado, estando no Brasil a passar por várias provações, oriundos de modificações, como, por exemplo, a Lei nº 13.774, de 2018, cujo texto trouxe enormes inovações que ainda não se consolidaram e que, se geram alguma dúvida ao intérprete da norma, o autor consegue desmistificá-la e levá-la a patamares compreensíveis dentro do Direito Processual Penal em geral e mais especificamente ao Processual Penal Militar.

RIEPL, Michaël. **Russian Contributions to International Humanitarian Law: A Contrastive Analysis of Russia's Historical Role and Its Current Practice**. Nomos, 2022.



**RESENHA:** A Rússia mudou de Paulo para Saul em relação ao Direito Internacional Humanitário (DIH)? Este livro pretende responder a esta pergunta contrastando o passado e o presente. O autor contrasta o passado e o presente – não sem inserir suas descobertas no contexto alterado de nosso tempo. O livro destina-se a especialistas em direito internacional, bem como a pessoas interessadas em história do direito. Seu autor é pesquisador e praticante do DIH com ampla experiência no mundo pós-soviético.



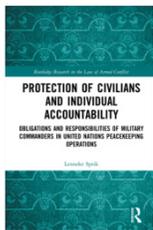
MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Processo Penal Militar**. Florianópolis: Emais, 2021.

**RESENHA:** A obra traz uma perspectiva histórica da evolução e da relevância dos precedentes, na justiça brasileira, chegando até a inauguração do sistema das decisões emanadas do IRDR. Questiona-se se a tradição brasileira ancorada na *civil law* teria deixado de existir em virtude da adoção de instrumentos utilizados pela *common law*. O estudo sobre tão importante e inovador instrumento utilizado pela Justiça Militar da União é o objetivo desta obra. (Luis Carlos Gomes Mattos – Ministro-Presidente do STM).

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



**RESENHA:** De forma didática, o autor traz a público a discussão de aspectos relevantes do Direito Militar, abordando o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Direito Administrativo, espécies desse gênero maior em torno do qual gravitam as instituições militares brasileiras. Da evolução das penas no Direito Militar e das considerações feitas ao inquérito policial militar, o leitor é convidado ao debate de questões interessantes como, por exemplo, a da incidência do *habeas corpus* no processo penal castrense e mesmo nas transgressões disciplinares, e o novo modelo da atividade corregedora na Justiça Militar, dentre outros temas que apaixonam o operador do Direito. A declaração da perda do posto e patente dos oficiais e da graduação das praças é analisada pela jurisprudência atualizada e a sistemática adotada nos vários Estados brasileiros. Análises detalhadas sobre aspectos penais e processuais penais do crime de homicídio e sobre a prestação do serviço militar obrigatório por médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários também compõem o formato revisto e atualizado desta obra.



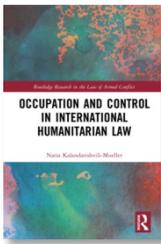
SPRIK, Lenneke. **Protection of Civilians and Individual Accountability: Obligations and Responsibilities of Military Commanders in United Nations Peacekeeping Operations.** Routledge Ed., 2021.

**RESENHA:** This book explores the question of whether peacekeeping commanders can be held accountable for a failure to protect the civilian population in the mission area. This requires an assessment of whether peacekeeping commanders have an obligation to act against such serious crimes being committed under domestic and international law.

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



**RESENHA:** O direito internacional dos direitos humanos, cuja espinha dorsal é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, é composto pelo conjunto de normas internacionais que determinam parâmetros comportamentais básicos e benefícios primários que devem ser esperados ou exigidos de governos e Estados pelas pessoas. Está assegurado permanentemente a todos, seja em tempos de paz ou em conflitos armados.



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

**RESENHA:** This book presents a systematic analysis of the notion of control in the law of military occupation. The work demonstrates that in present-day occupations, control as such occurs in different forms and variations. The polymorphic features of occupation can be seen in the way states establish control over territory either directly or indirectly, and in the manner in which they retain, relinquish or regain it.

BORN, Rogério Carlos. **Panorama de Direito Militar e Humanitário**. Contentus, 2020.



**RESENHA:** Este livro trata da identificação de organizações e profissionais militares, contextualizando o estudo acerca das Forças Armadas e suas atribuições. São abordadas questões sobre carreira militar e serviço militar obrigatório, tribunais militares e especificidades da justiça militar em tempos de guerra. A obra também retrata o direito penal militar e questões sobre o direito humanitário, princípios e o processo penal internacional.

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](mailto:jurisprudencia@stm.jus.br).



## DOUTRINA

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



# A GUERRA NA UCRÂNIA E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

**ROMEU COSTA RIBEIRO BASTOS**

General de Divisão do Exército Brasileiro

“Ninguém está a ganhar. Todos estão a perder. E isso é absolutamente essencial para que eles [os envolvidos nos conflitos] esqueçam as diferenças, as contradições de interesses, e possam realmente pôr fim a essa trágica série de crises, violência e conflitos”.

António Guterres – Secretário-Geral da ONU

## I. Considerações Iniciais

Antes de iniciar, é de bom alvitre esclarecer que esse texto foi escrito em meados de abril de 2022, portanto, durante o conflito.

Após a invasão da Ucrânia pela Rússia em fevereiro de 2022, ficaram claras as implicações que adviriam dos combates nas cidades: mortes generalizadas, destruição, potenciais desastres ambientais e que os civis – como em todos os conflitos armados – sofreriam o impacto das piores consequências.

A guerra na Ucrânia não é uma guerra civil, mas uma guerra entre dois Estados-Nações, fato que a caracteriza como um Conflito Armado Internacional (CAI), por abranger dois ou mais Estados, independentemente ou não da existência de uma declaração formal. O conceito também se aplica quando há a ocupação militar de parte ou de todo um território por uma força estrangeira, com ou sem resistência.

No caso dos conflitos internacionais, duas referências podem ser utilizadas. A primeira, de Pictet, que os define como “qualquer controvérsia que surja entre dois Estados que leve à intervenção das Forças Armadas, mesmo que uma das partes negue a existência do estado de guerra. Não importa quanto seja o número de baixas ou a duração do conflito”<sup>2</sup>.

A segunda, a mais prevalente, firmada pelo Tribunal Penal Internacional quando do julgamento de Dusko Tadic, da ex-Iugoslávia, que

---

<sup>2</sup> PICTET, Jean. *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Geneva: ICRC. 1952, p. 32.

firmou: “[...] um conflito armado existe sempre que se fizer presente o uso de forças armadas entre Estados [...]”<sup>3</sup>.

Nos últimos trinta anos, exemplos de CAI podem ser mencionados como a Guerra do Golfo de 1990-1991, do Congo-Uganda, a Guerra da Etiópia-Eritreia de 1998-2000, o conflito do Kosovo de 1999, a Guerra do Afeganistão – pelo menos no período que compreende os anos de 2001 a 2002 –, a Guerra do Iraque, o conflito Israel-Líbano de 2006, o conflito Etiópia-Somália de 2006-2009 e o conflito Rússia-Geórgia de 2008.

Uma questão, então, deve ser arguida: qual seria o direito que regularia as regras de um CAI? Antes de respondê-la, dois pontos cruciais devem ser esclarecidos.

## **II. O *Jus ad Bellum* e o *Jus in Bello***

Os conflitos armados, acorde o direito internacional público, são concebidos por meio de duas diferentes visões: o *jus ad bellum* (direito do uso da força) e o *jus in bello* (direito na guerra). O debate sobre os dois termos é comparativamente recente e ganhou destaque uma década após a Segunda Guerra Mundial.

O *jus ad bellum* regula os motivos legais para o ingresso em conflitos armados; descreve as circunstâncias no qual seria justificado ao Estado usar a força contra outro. Trata-se do conceito de guerra justa<sup>3</sup> e é regulado pela Carta das Nações Unidas. O *jus in bello*, por sua vez, gere a condução das hostilidades e oferece proteção ao longo dos embates bélicos. Ele norteia-se, principalmente, pelo Direito Internacional Humanitário (DIH).

Em suma, o *jus ad bellum* refere-se às condições sob as quais alguém pode recorrer à guerra ou ao uso da força em geral. O *jus in bello* administra a conduta dos beligerantes durante a contenda, e, em um sentido *lato*, compreende os direitos e as obrigações das partes na condução das hostilidades.

## **III. Análise da Guerra da Ucrânia sob o ponto de vista do *jus ad bellum***

O discurso proferido pelo Presidente da Federação Russa Vladimir Putin, em 24 de fevereiro de 2022<sup>4</sup>, quando comunicou ao mundo que havia ordenado a invasão do território ucraniano, não deixa dúvidas de que a “operação militar especial”, como ele denominou a intervenção, é, na verdade, uma declaração de guerra contra seu vizinho.

<sup>3</sup> ICYT. Prosecutor vs. Dusko Tadic a/k/a “DULE”. *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. par. 70.6 ICRC. *Violência e uso da força*, p. 35. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/violencia-euso-da-forca>. Acesso em: 12 set. 2020.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/leia-a-carta-ao-povo-russo-escrita-por-vladimir-putin/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

Putin preocupou-se em justificar o ato nos artigos constantes da Carta da ONU de 1945<sup>5</sup>. Os argumentos *jus ad bellum* da Rússia têm como ponto fulcral o direito à legítima defesa de acordo com o artigo 51 da Carta, *litteris*:

ARTIGO 51 - Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

Como adendo para confirmá-la, Moscou enviou ao Conselho de Segurança da ONU justificativas com o fito de cumprir o requisito, fundado no documento *supra* citado.

Sem embargo, a falha encontrada na narrativa de Putin, é a chamada “Defesa Coletiva”, segundo a qual as operações russas visavam proteger as Repúblicas Populares de Luhansk e Donetsk, com as quais a Rússia possui um tratado de assistência militar mútua. A questão que se coloca é, pois, inquirir se Luhansk e Donetsk constituem, efetivamente, Estados soberanos, porquanto, acorde a comunidade internacional, as duas regiões integram o território ucraniano, e o *status* de Estados independentes restou reconhecido, tão somente, pelos russos em suas alegações.

O equívoco remanesce, sabido que, mesmo se Luhansk e Donetsk fossem considerados soberanos, a ação russa desfechada sob o argumento da legítima defesa coletiva não satisfaz os dois critérios universalmente aceitos, quais sejam: a necessidade e a proporcionalidade. Ambos pressupõem que “a resposta a um ataque armado deve refletir o alcance, a natureza e a gravidade do próprio ataque – a proporcionalidade” devendo ser descartado “[...] o uso de medidas excessivas e desnecessárias em resposta a um ataque armado – a necessidade.”<sup>6</sup>

Agregue-se, ademais, que a motivação de a Ucrânia pretender ingressar na OTAN, propiciando uma aliança militar considerada hostil na fronteira russa, não procede, na medida em que, na época da invasão, ela não se concretizara e, conseqüentemente, não se materializara uma ameaça imediata,

<sup>5</sup> Carta da ONU de 1945. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2022.

<sup>6</sup> The Open University. *Criteria for self-defense*. Disponível em <https://www.open.edu/openlearn/society-politics-law/the-use-force-international-law/content-section-1.3.1>. Acesso em: 7 abr. 2022.

razão pela qual, sob a luz do *jus ad bellum*, o uso da força extrema pela Federação Russa contra a Ucrânia configura uma violação flagrante do direito internacional.

#### **IV. Análise da Guerra da Ucrânia sob o ponto de vista do *Jus in Bello***

Em paralelo ao *jus ad bellum*, que torna a invasão em si ilegal, as imagens das cidades destruídas e do morticínio cada vez maior de civis inocentes fazem exsurgir no seio da comunidade internacional preocupações relevantes com respeito ao *jus in bello*, a traduzir-se no ramo do direito internacional que regula a forma como a guerra é conduzida. Está-se diante de um corpo de leis conhecido como Direito Internacional Humanitário (DIH) ou o Direito da Guerra, que norteia a condução dos conflitos armados, protegendo a população civil, os feridos e os prisioneiros de guerra. E na conflagração objeto deste texto, ele aplica-se tanto na Rússia quanto na Ucrânia.

Mas o que vem a ser, detidamente, o DIH?

Conforme explanado, o Direito Internacional Humanitário tem por escopo controlar as relações entre os Estados, as organizações internacionais, bem assim os demais assuntos relacionados ao Direito Internacional. É um ramo do Direito Internacional Público que normatiza regras destinadas a resguardarem as pessoas que não participam diretamente das hostilidades, restringindo os meios e os métodos de guerra utilizados. Pode-se afirmar que o Direito Internacional Humanitário abarca os tratados internacionais e as normas consuetudinárias que se destinam a solver questões humanitárias oriundas de conflitos armados, sejam de caráter internacional ou não.

Tais normas limitam a ação dos beligerantes para que não inflijam danos desproporcionais aos seus adversários e existem desde os tempos antigos, em quase todas as civilizações. São leis concernentes à proteção de certas classes de pessoas durante as hostilidades, como mulheres, crianças, idosos, combatentes desarmados e prisioneiros de guerra; proteção estendida aos alvos sem importância bélica, a exemplo dos templos religiosos, das escolas e dos hospitais, e que vedam, outrossim, a utilização de armas biológicas.

O filósofo suíço Jean-Jacques Rousseau sintetizou a necessidade da existência de um ramo do Direito preocupado com o comportamento dos participantes dos conflitos, quando escreveu: “Não é, pois, a guerra uma relação de homem para homem, mas uma relação de Estado para Estado, na qual os particulares apenas acidentalmente são inimigos, não na qualidade de homens, nem mesmo como cidadãos, mas como soldados; não como membros da pátria, mas como seus defensores. Enfim, cada Estado não pode

ter como inimigo senão outro Estado, nunca homens, entendido que entre coisas de naturezas diversas é impossível fixar uma verdadeira relação.”<sup>7</sup>

Rousseau resumiu, com tais palavras, que o objetivo principal de um ataque armipotente não visa à destruição física do oponente, diferenciando combatentes e cidadãos de um Estado inimigo – os civis não lutadores –, sendo a finalidade da guerra vencer as forças armadas inimigas e não destruição da nação oponente. Tal como colocado, o uso da força há de ser destinado, tão somente, contra aqueles que oferecem resistência. O soldado que se rende ou é ferido não pode ser considerado como um inimigo pessoal, responsável pelo conflito.

Com base nesse pensamento, que buscar “civilizar a guerra”, exsurge a relevância da diferenciação entre o princípio da necessidade militar e o princípio da humanidade. A necessidade militar autoriza, tão só, o grau e o tipo de força mandatários para atingir o propósito legítimo de um conflito, ou seja, a submissão total ou parcial do inimigo o mais cedo possível, com o mínimo gasto de vidas e recursos. Neste cenário, o princípio da humanidade veda sofrimentos, lesão ou destruição desnecessários para o alcance do legítimo propósito das hostilidades.

Manter esse equilíbrio, por certo, é uma missão difícil e delicada, particularmente, considerando-se que os conflitos armados contemporâneos são marcados por uma modificação drástica das técnicas de guerras, que refogem das distinções tradicionais e das categorias sobre as quais o edifício normativo do DIH foi construído e sob o qual sua funcionalidade depende na prática operacional. Para agravar, pondere-se a ascensão dos vagamente organizados grupos armados, que operam clandestinamente, a terceirização das funções militares tradicionais para contratantes privados e inteligência civil pessoal, como também a tendência geral de aumento do envolvimento civil em operações militares, fatores geradores de incertezas no momento de apreciar alvos militares e pessoas protegidas contra ataques diretos. O resultado são civis mais propensos a serem vítimas de erros ou segmentação arbitrária, enquanto as forças armadas – incapazes de identificar seus reais adversários – arriscam-se a serem atacadas por pessoas que não conseguem diferenciar.

Neste norte, o objetivo primordial do Direito Internacional Humanitário (DIH) de proteger as vítimas e regular a conduta da luta com base no equilíbrio entre a necessidade militar e a humanidade esbarra em inéditas conjunturas inexistentes até o segundo quartel do século XX.

Várias são as definições do DIH. Sublinhe-se, preliminarmente, a do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, segundo a qual:

---

<sup>7</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Livro 1. Capítulo IV. Tradução: Antonio Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 16.

O Direito Internacional Humanitário é um conjunto de normas que procura limitar os efeitos de conflitos armados. Protege as pessoas que não participam ou que deixaram de participar nas hostilidades, e restringe os meios e métodos de combate. O Direito Internacional Humanitário (“DIH”) é também designado por “Direito da Guerra e por Direito dos Conflitos Armados”.<sup>8</sup>

Como aponta Swinarski:

O Direito Internacional Humanitário é composto de um conjunto de normas que limitam, por razões humanitárias, os direitos das partes em conflito para escolher livremente métodos e meios usado na guerra ou protegendo pessoas e propriedades afetados ou que podem ser afetados como resultado do conflito.<sup>9</sup>

Arbeláez J. o conceitua como:

o conjunto de normas jurídicas internacionais, escritas ou consuetudinárias, que prescrevem a moderação dos conflitos armados entre os povos, garantem o respeito pela pessoa humana e asseguram o pleno desenvolvimento da individualidade.<sup>10</sup>

Ou segundo Gerard Peytrignet:

trata-se do corpo de normas jurídicas de origem convencional ou consuetudinária, especificamente aplicável aos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, evitando que sejam afetados as pessoas e os bens legalmente protegidos.<sup>11</sup>

Para Nils Melzer, da Organização das Nações Unidas:

O DIH é um conjunto de normas que procura limitar as consequências humanitárias dos conflitos armados. Às vezes também é conhecido como o direito do conflito armado ou normas da guerra (*jus in bello*). O principal objetivo do DIH é restringir os meios e métodos de guerra que as partes em conflito podem usar e garantir a proteção e o tratamento humano das pessoas que não participam ou que deixaram de participar diretamente das hostilidades. Em poucas palavras, o DIH inclui as normas do direito internacional que estabelecem normas mínimas de

---

<sup>8</sup> CICV. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

<sup>9</sup> SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília, Escopo, 1988, p. 18.

<sup>10</sup> ARBELAEZ, Delio Jaramillo. *Derecho Internacional Humanitario*. Ed.Universidad Santo Tomás de Aquino. Bogotá, 1976. p. 7.

<sup>11</sup> PEYTRIGNET, Gerard. *Sistemas Internacionais de proteção da pessoa humana: o direito internacional humanitário*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; T, Gerard; e SANTIAGO, Jaime Ruiz de (orgs.). *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. San José, CR: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

humanidade que devem ser respeitadas em qualquer situação de conflito armado.<sup>12</sup>

E, finalmente, Peter Gasser assim se expressou:<sup>13</sup>

nós entendemos que o Direito Internacional Humanitário são regras internacionais, estabelecidas por tratado ou costume, especificamente destinadas a resolver problemas humanitários decorrentes diretamente de conflitos armados internacionais ou não internacionais e que, por motivos humanitários, limitam o direito das partes em um conflito de usar métodos e meios de guerra de sua escolha ou proteger pessoas e propriedades que são, ou podem ser afetadas pelo conflito.

Ao fim e ao cabo, de todas as conceituações destacadas o denominador comum é compreender o DIH e as normas do Direito Internacional que estabelecem o mínimo de humanidade que deve ser respeitada em situações de conflitos.

## V- Histórico moderno do DIH

As regras humanitárias atribuídas às guerras podem ser rastreadas desde a antiguidade,<sup>14</sup> contudo, somente no século XIX, o DIH teve seu marco regulatório inicial estabelecido, nomeadamente, após a Batalha de Solferino ocorrida junho de 1859, travada entre as forças austríacas e franco-italianas, cujo resultado foi uma carnificina com cerca de 6.000 soldados mortos e 36.000 feridos de ambos os lados, deixados sem assistência e indo a óbito por ausência de atendimento médico imediato, ao lado de corpos insepultos.

Por força deste sangrento combate, um jovem comerciante suíço chamado Henry Dunant, que se encontrava na Itália para solicitar ao imperador francês Napoleão III ajuda para um projeto pessoal, ao chegar ao povoado de Castiglione e horrorizado com o que presenciou, prestou socorro aos feridos com a colaboração dos habitantes locais.

De volta a Genebra, Dunant descreveu suas experiências em um livro intitulado *“Lembrança de Solferino”*<sup>15</sup>. A obra, publicada em 1862, teve um impacto notável em toda a Europa, sobretudo, no interior do círculo de pessoas que poderiam modificar significativamente a situação existente. Dunant propugnava, em seus escritos, a adoção de medidas minimizadoras do sofrimento dos combatentes, assim sintetizadas:

<sup>12</sup> MELZER, Nils; KUSTER, Etienne. *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*. Geneva: ICRC, 2016. p. 17.

<sup>13</sup> GASSER, Hans-Peter. *International humanitarian law an introduction*. In: HAUG, Hans. *Humanity for all. The International Red Cross and Red Crescent Movement*. Henry Dunant Institute Haupt. Geneva. Paul Haupt Publishers. 1992.

<sup>14</sup> PABLO VALLADARES, Gabriel. *Reflexão sobre a importância e vigência do DIH a 70 anos da adoção das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. pp. 23-88. In: *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário*. JUBILUT, Liliana Lyra ... [et al.], organizadores. Editora da UFRR. 2019.

<sup>15</sup> DUNANT, Henry. *Lembrança de Solferino*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 2016.

criar em todos os países “sociedades voluntárias de socorro com o propósito de garantir que os feridos em períodos de guerra sejam assistidos” e, [...], formular um “princípio internacional, sancionado por uma Convenção de caráter inviolável”, que serviria como base e apoio para as sociedades de socorro.<sup>16</sup>

Em 1863, quatro anos após a Batalha de Solferino e um ano posterior à publicação do livro de Dunant, um Comitê Particular<sup>17</sup>, conhecido como Comitê dos Cinco, organizou uma conferência em Genebra, para onde dezesseis países enviaram representantes. A conferência recomendou o estabelecimento de sociedades nacionais de socorro, e solicitou aos governos que lhes dessem proteção e apoio. Para além, a Conferência expressou o desejo de que, em períodos de guerra, as partes beligerantes declarassem neutras as instalações hospitalares e ampliassem este tipo de resguardo às equipes médicas militares, aos socorristas voluntários e aos próprios feridos.

Como consequência, em 1864, protagonizou-se uma Conferência Diplomática em Genebra, com plenipotenciários dos dezesseis países participantes, que esboçou a “Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição dos Feridos dos Exércitos em Campanha”, assinada em 22 de agosto daquele ano, e ratificada por quase todos os Estados nos anos seguintes. A Convenção formalizou as recomendações da Conferência de 1863 e declarou o princípio de que os soldados feridos e doentes deveriam ser recolhidos e tratados sem distinção de nacionalidade. O Documento ficou conhecido como a Primeira Convenção de Genebra, tratado revisado, modificado e ampliado várias vezes, em especial, nos anos de 1906, 1929, 1949 e 1977.<sup>18</sup>

As Convenções de Genebra de 1949 totalizam quatro tratados internacionais ratificados por 196 estados, incluindo todos os membros das Nações Unidas. Outrossim, dois protocolos adicionais (I e II) em 1977 e um protocolo adicional em 2005 (III) foram aprazados. Tais diplomas advieram da Conferência de diplomatas de todo o mundo em 1949, fundados em tratados de conflitos anteriores, com o fito de regular pugnas bélicas, proteger os não combatentes e minimizar a perda de vidas. O conjunto consolida o princípio fundamental do Direito Internacional Humanitário (DIH) e, desde 2000, a ratificação adicional às Convenções de Genebra elevou-o à categoria de leis internacionais de aplicação universal. Isso significa não mais procederem as assertivas dos Estados de não se sujeitarem a elas, sabido constituírem o âmago do direito consuetudinário internacional.

---

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 128.

<sup>17</sup> Este grupo é conhecido como o Comitê dos Cinco, e estava integrado por um militar, o General Guillaume Henry Dufour, o advogado Gustave Moynier, os médicos Louis Appia e Theodore Maunoir e por Jean Henri Dunant. Em 1876, o comitê adotou o nome “Comitê Internacional da Cruz Vermelha” (CICV), que é até o presente sua designação oficial.

<sup>18</sup> VALLADARES, Gabriel Pablo, *Op. cit.* p. 43.

O quadro da figura nº 01 mostra de maneira resumida o conteúdo dos quatro tratados:

<b>NOME</b>	<b>OBJETO</b>
<b>Convenção I</b>	A Primeira Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição dos Feridos nos Exércitos no Campo, pactuada em 22 de agosto de 1864, é o primeiro dos quatro tratados. Ela define “a base sobre a qual repousam as regras do direito internacional para a proteção das vítimas de conflitos armados”. Depois da adoção do primeiro tratado em 1864, ela foi significativamente revisada e substituída em 1906, 1929 e, finalmente, em 1949. Está intrinsecamente vinculada ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que é tanto o instigador para o início quanto o aplicador dos artigos convencionais.
<b>Convenção II</b>	A Segunda Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição de Membros Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar foi adotada pela primeira vez em 1949 e substituiu a Convenção de Haia de 1907. Ela adapta o principal regime de proteção da Primeira Convenção de Genebra para o combate no mar.
<b>Convenção III</b>	A Terceira Convenção de Genebra, relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra, foi ratificada em 1929, mas foi significativamente revisada na Conferência de 1949. Tem por escopo definir a proteção humanitária para os prisioneiros de guerra.
<b>Convenção IV</b>	A Convenção de Genebra relativa à Proteção de Pessoas Civis em Tempo de Guerra, mais comumente referida como a Quarta Convenção e abreviada como GCIV, foi adotada em agosto de 1950. Embora as três primeiras convenções tratassem de combatentes, a Quarta foi a primeira a versar sobre a proteção humanitária de civis em zonas de guerra. Atualmente 196 países são signatários das Convenções de Genebra de 1949 na sua totalidade.

Figura nº 01

Acorde destacado, no ano de 1977 dois protocolos adicionais foram acrescidos à Quarta Convenção relativos ao “Uso hostil de técnicas ambientais”, estendendo as proteções de todas as convenções às guerras civis.<sup>19</sup>

O Protocolo I de Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais elastece as garantias às vítimas de guerras contra regimes racistas, guerras de autodeterminação e contra opressão estrangeira, para além de estabelecer que os métodos e meios de combate não são ilimitados, e proibir a utilização de armas, projéteis ou qualquer outro dispositivo que causem sofrimentos supérfluos. O Protocolo II versa sobre a Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Não Internacionais.

Lastimável, porém, que a maioria das ações bélicas posteriores à Segunda Guerra Mundial foram de caráter não internacional, donde se conclui que, hodiernamente, as Convenções de Genebra de 1949 restam insuficientes para amparar as populações envolvidas. Interessante notar que o Protocolo II não limita a ação dos Estados na manutenção ou no restabelecimento da ordem pública sobre o seu território, outrossim, não reconhece o estatuto dos rebeldes.<sup>20</sup>

## VI - Fontes do DIH

Entende-se por fonte aquilo que origina, que dá início. Fonte do Direito nada mais é do que a genealogia das Ciências Jurídicas, remonta às suas raízes históricas. Ela subdivide-se em material, onde o direito se cria, e formal, a maneira pela qual é aplicado.<sup>21</sup>

Segundo André Franco Montoro: “Os autores costumam distinguir as fontes formais, isto é, os fatos que dão a uma regra o caráter de direito positivo

<sup>19</sup> COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 1949 para a proteção das vítimas de guerra*. Disponível em <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndew.htm>. Acesso em: 18 nov. 2020.

<sup>20</sup> Sintetizando, o direito internacional humanitário – *jus in bellum* – aplica-se às situações de conflitos armados com o fito de proteger e assistir as vítimas, a fim de minorar os sofrimentos provocados pelas conflagrações bélicas. Objetiva disciplinar a mais trágica e excepcional das circunstâncias: a guerra. Pretende restringir os meios e métodos de combate e proteger os envolvidos no cenário de hostilidade, salvaguardando civis e militares em poder do inimigo. À evidência houve um grande impulso na evolução dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário. O seu estabelecimento deveu-se a uma conjunção de recentes particularidades históricas, dentre as quais se ressaltam o término da guerra fria que tornou menos rígidos os alinhamentos ideológicos que bloqueavam a evolução do direito internacional nessa direção; a globalização e a interdependência que acentuaram a necessidade de maior coordenação e normatividade em diversas áreas das relações internacionais; as tendências de fragmentação dos Estados ocorridas no final do séc. XX, que ocasionaram a irrupção de conflitos étnicos, raciais e religiosos nos quais ocorreram catástrofes humanitárias que puseram em risco a paz e a segurança mundial, fatos estes que reforçaram a opinião dos atores internacionais acerca da necessidade de reais sanções do Direito Internacional nesta esfera. Nesse norte, a tendência do DIH é avançar cada vez mais, para tornar-se um referencial ético de proteção à Pessoa.

<sup>21</sup> Fontes do Direito. *Dicionário Jurídico*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1441/Fonte-do-Direito>. Acesso em: 20 nov. 2020.

e obrigatório, das fontes materiais, representadas pelos elementos que concorrem para a formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica.”<sup>22</sup>

No caso do Direito Internacional obras diversas a elas se referem. Um exemplo que condensa os conceitos está insculpido no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>23</sup> das Nações Unidas, o qual estabelece como fontes de direito internacional os tratados, o costume internacional, os princípios gerais de direito, as decisões judiciais e a doutrina de juristas renomados.

As fontes do DIH são as mesmas de outros ramos do Direito Internacional Público, embora alguns fenômenos sejam catalogados diferentemente. Os Tratados Internacionais são os primeiros e os mais importantes mananciais do DIH. Nos textos dos Tratados, Convenções ou Acordos Internacionais estão expressos de modo claro o consentimento firmado pelos Estados como criadores das normas jurídicas exógenas. Conquanto existam tratados bilaterais ou multilaterais, os de maior relevância são os normativos, denominados de Convenção ou Convenções, sem olvidar os Protocolos destinados a complementá-los e de eficácia idêntica à dos primeiros.<sup>24</sup>

Quanto às Fontes Consuetudinárias, detêm proeminência significativa, sabido residir no costume a origem de muitas das normas existentes no DIH. A lei consuetudinária é indispensável, por abarcar questões não regulamentadas pelos tratados, nas relações entre os Estados partes com aqueles que não possuem tal *status*. Ela deriva da “uma prática geral aceita como lei” na Comunidade das Nações. Para a identificação de determinada norma ser ou não costumeira, impõe estar ela refletida nas práticas dos Estados, segundo as quais a comunidade internacional entende serem necessárias por questões jurídicas.

Em se tratando do DIH as regras costumeiras obtiveram um renascimento surpreendente nos últimos anos. Nas palavras de Swinarski:

---

<sup>22</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 323.

<sup>23</sup> “Artigo 38: 1. A Corte, cuja função é decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverão aplicar: 2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no artigo 59. 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes.” Disponível em [http://www.fAAP.br/responsabilidadesocial/pdf/carta\\_onu.pdf](http://www.fAAP.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf). Acesso em: 27 nov. 2020.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. *Fuentes del derecho internacional humanitario*. In: *Derecho Internacional Humanitario*. Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis e López Sánchez, Joaquín. Coordenadores. Valencia. Tirant lo Blanch. Cap. 2. 2002.

as principais normas do direito internacional da guerra adquiriram um caráter consuetudinário que lhes confere um título independente e separado de vigência.<sup>25</sup>

Na Genebra de 1993, a Conferência Internacional para a Proteção das Vítimas de Guerra discutiu, entre outros temas, as formas e os meios para combater as violações do DIH, sem, no entanto, sugerir a adoção de novos tratados. Sem embargo, em sua Declaração Final, adotada por consenso, a Conferência propôs a convocação de um grupo de especialistas para elaborar regras disciplinadoras do DIH. Tal estudo deveria ser apresentado na próxima sessão da Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho.

O CICV encarregou dois membros de sua Divisão Jurídica de realizarem-no e, sob a orientação de um Comitê Diretor composto por doze especialistas de renome, o CICV desencadeou uma consulta em larga escala, envolvendo mais de cem autoridades eminentes. A finalidade das análises foi identificar o direito costumeiro com vistas a esclarecer a proteção jurídica concedida às vítimas da guerra. Cento e sessenta e uma normas do DIH consuetudinário foram identificadas e constituem, atualmente, o núcleo comum do direito humanitário vinculante nos conflitos armados. Elas fortalecem o resguardo das vítimas das guerras em todo o mundo e restam publicadas em dois volumes<sup>26</sup> pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, servindo de subsídio para a elaboração de tratados e convenções.

No dizer de Marco Sassòli, as normas consuetudinárias tornaram-se essenciais para a consolidação do DIH. O autor apresenta quatro fatores confirmatórios, *vg:*<sup>27</sup> *i)* as lacunas existentes devido à ausência dos tratados poderem ser supridas pelo direito consuetudinário; *ii)* a vinculação das partes não signatárias que estejam envolvidas no conflito; *iii)* em caso de reservas ao documento internacional, o direito consuetudinário tem o poder de eliminar as objeções e, *alfim,* *iv)* os tribunais penais internacionais quando julgam delitos preferem aplicar as regras costumeiras.

A utilização dos princípios gerais do direito também é reconhecida pelas nações civilizadas como fonte do DHI. Na doutrina do eminente Professor Paulo Bonavides, os princípios nada mais são do que uma fonte primária do Direito.<sup>28</sup>

Nesse sentido, o DIH encontra suporte na jurisprudência dos tribunais e nas doutrinas criadas por juristas proeminentes. As decisões dos tribunais

---

<sup>25</sup> Christophe SWINARSKI. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília, CICV, Escopo Ed., 1988. p. 23.

<sup>26</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie e DOSWALD-BECK, Louise. *Customary international humanitarian law*. volume I e II. Cambridge University Press, New York. 3ª ed. 2009.

<sup>27</sup> SASSÒLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Edward Elgar Publishing Limited. 2019. p. 51.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* pp. 232-238.

internacionais, como a Corte Internacional de Justiça da ONU, são oficiais, e fornecem subsídios relevantes sobre as normas exógenas emergentes. Pontuem-se os julgamentos não aceitos por um Estado em disputa, mas cuja decisão da Corte externa é tida como vinculativa, a exemplo do caso “NICARÁGUA *versus* EUA.”<sup>29</sup>

Ademais, não se desconhece ter o monopólio das fontes sido questionado pelo surgimento de *noveis* formas de direitos e obrigações no direito internacional. É a hipótese da *soft law*, que, paulatinamente, vem alcançando patamar jurídico mais elevado. Nelas se incluem as opiniões consultivas dos tribunais internacionais, Resoluções da Assembleia Geral da ONU, declarações oficiais, declarações e diretrizes adotadas por organizações internacionais. À evidência, não são instrumentos vinculativos, pelo que não possuem a mesma força que os tratados ou costumes internacionais. No entanto, a *soft law* influencia os Estados no fortalecimento de suas legislações internas, como também desempenha um papel valioso no desenvolvimento do direito consuetudinário, a exemplo da adoção das Resoluções 1325 e 1820 do Conselho de Segurança da ONU, com foco nas mulheres, paz e segurança.

## VII - Princípios do DIH

Os princípios do DIH constituem sua fonte primária e fundamentam a conduta que deve ser adotada em todos os tipos de conflitos armados. Tais postulados são conhecidos por diversas nomenclaturas, mas podem ser sintetizados nos seguintes: princípio da humanidade, princípio da necessidade militar, princípio da proporcionalidade, princípio da limitação e princípio da distinção. Por partes:

### a) Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade é bem definido no artigo 27º da 4.ª Convenção de Genebra<sup>30</sup>, *verbis*:

Artigo 27.º: As pessoas protegidas têm direito, em todas as circunstâncias, ao respeito da sua pessoa, da sua honra, dos seus direitos

---

<sup>29</sup> Em abril de 1984, a Nicarágua impetrou uma ação contra os Estados Unidos (EUA) na Corte Internacional de Justiça (CIJ), acusando o governo americano de apoiar os grupos paramilitares com o intuito de derrubar o governo nicaraguense, por meio do apoio financeiro, militar, logístico e o fornecimento de armas aos grupos, violando princípios internacionais como a soberania territorial. Em junho de 1986, a Corte pronunciou sentença final favorável à Nicarágua, obrigando os Estados Unidos à reparação dos prejuízos, incluindo uma indenização, que nunca foi paga. Sobre o tema consultar: OLIVEIRA, Beatriz Fagionato. TESHIMA Márcia. *Nicarágua vs. Estados Unidos: uma análise do caso julgado pela corte internacional de justiça*. Disponível em: <http://anais.uel.br/portal/index.php/proensino/article/view/1382>. Acesso em: 20 abr. 2022.

<sup>30</sup> Adotada a 12 de agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a Elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de abril a 12 de agosto de 1949. Entrada em vigor na ordem internacional: 21 de outubro de 1950. Biblioteca Virtual da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/convencao-de-genebra-iv.html>. Acesso em: 30 nov. 2020.

de família, das suas convicções e práticas religiosas, dos seus hábitos e costumes. Serão tratadas, sempre, com humanidade e protegidas especialmente contra todos os atos de violência ou de intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública.

As mulheres serão especialmente protegidas contra qualquer ataque à sua honra, e particularmente contra violação, prostituição forçada ou qualquer forma de atentado ao seu pudor.

Sem prejuízo das disposições relativas ao seu estado de saúde, idade e sexo, todas as pessoas protegidas serão tratadas pela Parte no conflito em poder de quem se encontrem com a mesma consideração, sem qualquer distinção desfavorável, especialmente de raça, religião ou opiniões políticas.

Contudo, as Partes no conflito poderão tomar, a respeito das pessoas protegidas, as medidas de fiscalização ou de segurança que sejam necessárias devido à guerra.

De sua leitura depreende-se ter como foco principal proteger, na totalidade, os seres humanos envolvidos em conflitos armados, resguardando a vida, a saúde e aliviando os inevitáveis sofrimentos.

Um dos preceitos do DIH que o reforçam é a chamada Cláusula de Martens<sup>31</sup>, introduzida pela primeira vez na Convenção de Haia de 1899, e em uso, incluída que foi pelo artigo 1 (2) do Protocolo Adicional I:

Nos casos não cobertos por este Protocolo ou por outros acordos internacionais, civis e combatentes permanecem sob a proteção e autoridade dos princípios do direito internacional derivados do costume estabelecido, dos princípios de humanidade e dos ditames das consciências públicas.

### **b) Princípio da Necessidade Militar**

Dito princípio, também chamado apenas de princípio da necessidade, disciplina a incursão militar a um alvo ou objetivo. Assim, um ataque de natureza estritamente bélica não poderá ocorrer se causar a ocorrência de eventos prejudiciais a qualquer ser humano não envolvido no embate.

---

<sup>31</sup> Deve essa denominação ao representante russo Fyodor Martens, na Convenção de Haia de 1899. Sua proposição inicial era: “Os civis e os combatentes permanecem sob a proteção e domínio dos princípios do Direito Internacional, tal como decorre dos usos estabelecidos, dos princípios de humanidade e dos ditames da consciência pública.” SALDANHA, Duarte Quadro; OLIVEIRA, Francisco Varela de. Fyodor Fyodorovich Martens e a Conferência de Paz de Haia de 1899: compreendendo a Cláusula de Martens à luz do seu criador, do seu tempo, e da evolução do Direito Internacional Humanitário. *Negócios Estrangeiros* Nº 21. Edição Digital, outubro de 2021. Disponível em: [https://idi.mne.gov.pt/images/Fyodor\\_Fyodorovich\\_Martens\\_e\\_a\\_Confer%C3%A2ncia\\_de\\_Paz\\_de\\_Haia\\_de\\_1899\\_compreendendo\\_a\\_Cl%C3%A1usula\\_de\\_Martens\\_%C3%A0\\_luz\\_do\\_seu\\_criador\\_do\\_seu\\_tempo\\_e\\_da\\_evolu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_Direito\\_Internacional\\_Humanit%C3%A1rio.pdf](https://idi.mne.gov.pt/images/Fyodor_Fyodorovich_Martens_e_a_Confer%C3%A2ncia_de_Paz_de_Haia_de_1899_compreendendo_a_Cl%C3%A1usula_de_Martens_%C3%A0_luz_do_seu_criador_do_seu_tempo_e_da_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Internacional_Humanit%C3%A1rio.pdf). Acesso em: 12 abr. 2022.

Sua previsão consta do art.º 57º do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra, 1977 (PA I). Leia-se:<sup>32</sup>

Artigo 57º: Precauções no ataque - 1 - As operações militares devem ser conduzidas procurando constantemente poupar a população civil, as pessoas civis e os bens de caráter civil.

Ainda, o seu item 3:

3- Quando for possível escolher entre vários objetivos militares para obter uma vantagem militar equivalente, a escolha deverá recair sobre o objetivo cujo ataque seja susceptível de apresentar o menor perigo para as pessoas civis ou para os bens de caráter civil.

O postulado articula com as discordâncias da dificuldade de reconhecimento do que seja um alvo militar. César Krieger<sup>33</sup> (2004, p. 246) sobreleva os desacordos acerca da fixação exata de alvo militar, já que podem apresentar natureza civil, como estações de trem, portos, emissoras de televisão, etc.

### c) Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade regra os limites para a aplicação da violência pelos militares com objetivos de natureza bélica.

Sua base funda-se no art.º 51.º (5b) do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra, 1977 (PA I)<sup>34</sup>, que limita:

Os ataques que se possa esperar venham a causar incidentalmente perda de vidas humanas na população civil, ferimentos nas pessoas civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação destas perdas e danos, que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada.

Desde a época de sua adoção o postulado provocou discordâncias. Na Conferência Diplomática que levou à adoção dos Protocolos Adicionais, a França votou contra o artigo 51 porque considerou que o parágrafo 5, por sua “própria complexidade, dificultaria seriamente a condução de operações militares defensivas contra um invasor e prejudicaria o direito inerente de legítima defesa”<sup>35</sup>. Contudo, após a ratificação do Protocolo Adicional I, ela não

---

<sup>32</sup> **Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Adotado a 8 de Junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados. Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Dezembro de 1979, em conformidade com o artigo 95º.** Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/onu2-11-5.html>. Acesso em: 30 nov. 2020.

<sup>33</sup> KRIEGER, César. *Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Tribunal Penal Internacional*. Juruá. Curitiba. 2004. p. 246.

<sup>34</sup> *Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949. Op. cit.* Art. 51-5b.

<sup>35</sup> FRANÇA. *Declaração na Conferência Diplomática que conduz à adoção dos Protocolos Adicionais* (citado no Vol. II, Cap. 4, § 89).

colocou nenhuma reserva. Muitos Estados Nacionais adotaram-no, uma vez que a legislação internacional, criminaliza ataques violadores da proporcionalidade.<sup>36</sup>

#### **d) Princípio da Limitação**

O princípio da limitação pode ser considerado como um dos pilares da aplicação do DIH por restringir os meios e métodos utilizados nos combates e conflitos armados que, por óbvio, não podem e nem devem ser ilimitados.

A limitação, por igual, obsta a destruição de alvos não militares, conforme preconiza o art. 52, (proteção geral dos bens de caráter civil) nº 2 PA I, de 1949:

Os ataques devem ser estritamente limitados aos objetivos militares. No que respeita aos bens, os objetivos militares são limitados aos que, pela sua natureza, localização, destino ou utilização contribuam efetivamente para a ação militar e cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização ofereça, na ocorrência, uma vantagem militar precisa.<sup>37</sup>

Das treze Convenções da Haia (1907), restam, ainda hoje, normas restritivas da liberdade de ação dos beligerantes, extremamente úteis no quadro dos conflitos armados que desafiam o ideal pacifista das Nações Unidas. Na doutrina de Rezek<sup>38</sup>, a elas se agregam em três nortes básicos: o *ratione personae*, segundo o qual os não combatentes serão poupados de qualquer ataque ou dano intencional; o *ratione loci*, que fixa serem os lugares de ataque somente os configurados como militares e o *ratione conditionis*, que veda a utilização de armamentos e métodos de guerra que causem sofrimento excessivo aos combatentes inimigos.

#### **e) Princípio da Distinção**

Por último, no tocante à distinção, o postulado propugna a necessidade de estabelecimento da diferenciação de quem pode ser atacado ou de quem necessita proteção. Dito de outro modo, todos aqueles diretamente envolvidos

---

<sup>36</sup> Ver, por exemplo, a legislação da Armênia (*ibid.*, § 50), Austrália (*ibid.*, §§ 51-52), Bielo-Rússia (*ibid.*, § 53), Bélgica (*ibid.*, § 54), Canadá (*ibid.*, §§ 57-58), Colômbia (*ibid.*, § 59), Congo (*ibid.*, § 60), Ilhas Cook (*ibid.*, § 61), Chipre (*ibid.*, § 62), Geórgia (*ibid.*, § 64), Alemanha (*ibid.*, § 65), Irlanda (*ibid.*, § 66), Mali (*ibid.*, § 68), Holanda (*ibid.*, § 69), Nova Zelândia (*ibid.*, §§ 70-71), Níger (*ibid.*, § 73), Noruega (*ibid.*, § 74), Espanha (*ibid.*, § 75), Suécia (*ibid.*, § 76), Reino Unido (*ibid.*, §§ 78-79) e Zimbábue (*ibid.*, § 80); ver também o projeto de legislação da Argentina (*ibid.*, § 49), Burundi (*ibid.*, § 56), El Salvador (*ibid.*, § 63), Líbano (*ibid.*, § 67), Nicarágua (*ibid.*, § 72) e Trinidad e Tobago (*ibid.*, § 77).

<sup>37</sup> Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949. Op. cit. Art. 52.2.

<sup>38</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. Saraiva. 15. ed. rev. atual. São Paulo, 2014. p. 220.

no conflito armado podem ser alvos de ataques, mas os civis que dele não participam devem ser preservados.

Nas regras do DIH ele está insculpido da seguinte maneira:

A fim de garantir o respeito e a proteção da população civil e da população civil objetos, as Partes no conflito devem sempre distinguir entre a população civil e os combatentes e entre os objetos civis e os objetivos militares e, portanto, devem dirigir suas operações apenas contra objetivos militares.<sup>39</sup>

Claro está deixar a regra geral lacunas e não fornecer orientação precisa que autorize diferenciar os objetivos que podem ou não ser alvo de ataques. Contudo, as determinações do DIH resguardam dos ataques diretos várias categorias de pessoas, a saber: civis, pessoal médico, religiosos, jornalistas, participantes em missões de paz, prisioneiros de guerra, feridos e doentes.<sup>40</sup>

### **VIII - Relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e Direito Internacional Humanitário (DIH)**

Embora DIDH e o DIH tenham sido desenvolvidos a partir de diferentes fontes, indubitável ambos se complementarem. O DIH é a primeira fonte que rege os conflitos armados internacionais ou não internacionais. Como nem todas as facetas de tais contendidas são albergadas pelo DIH e considerando-se que muitos, mas não todos, dos valores protegidos pelo DIH são igualmente protegidos pelas leis do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), é possível aplicá-los, simultaneamente. Atente-se não ser a generalização restrita, pois, acorde o princípio da *lex specialis generalibus derogat*<sup>41</sup>, a precedência deve ser do DIH. Mas o tema não guarda unanimidade. Exemplificativamente: ao lidar com situações envolvendo a conduta em hostilidades, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos vale-se do conteúdo da lei de direitos humanos por referência expressa às regras e princípios do DIH, enquanto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, decide, exclusivamente, com base no direito dos direitos humanos.<sup>42</sup>

Uma síntese comparativa do DIDH e do DIH é mostrada na figura nº 2:

---

<sup>39</sup> Art 48, PA I.

<sup>40</sup> MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law*. Oxford University Press Inc., New York. 2008. pp. 300-301.

<sup>41</sup> Esse princípio destina-se a resolver casos em que existem conflitos de regras. Sempre implica a escolha de uma norma aplicável, sendo a outra descartada ou excepcionada. Segundo Canotilho: “Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 174.

<sup>42</sup> MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law*. *Op. cit.* p. 384.

<b>PONTO DE VISTA</b>	<b>DIDH</b>	<b>DIH</b>
<b>APLICAÇÃO</b>	Eles são aplicados em todos os momentos e em todas as circunstâncias. O Estado tem a obrigação de aplicá-los e punir as violações.	É aplicado em tempos de conflito armado. O Estado e as partes em conflito têm a obrigação de aplicá-lo e punir as infrações.
<b>ALCANCE</b>	Eles protegem todas as pessoas, em todos os momentos (Direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais).	Protege todas as pessoas, sejam elas militares ou civis, em particular os feridos, doentes ou detidos, em relação aos eventos de guerra.
<b>SUJEITOS BENEFICIADOS</b>	Todas as pessoas.	Somente uma categoria específica de pessoas são protegidas.
<b>SUSPENSÃO</b>	O exercício de certos direitos, como a liberdade de expressão ou associação, pode ser suspenso. Por exemplo, durante o estado de exceção. No entanto, garantias como o direito à vida, a proibição da tortura ou tratamento desumano e degradante nunca podem ser revogados ou suspensos.	Nunca pode ser revogado. O artigo 3, comum nas Convenções de Genebra, impede a sua revogação mesmo durante a declaração do estado de exceção.
<b>TRATADOS</b>	Tratados universais de direitos humanos. Tratados Regionais de Direitos Humanos. Organismos internacionais de supervisão. Organismos regionais de supervisão. Órgãos judiciais internos.	Convenções de Genebra e seus protocolos adicionais. Convenção das Nações Unidas de 1980. Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Tratado de Roma. Legislação penal interna.

Figura nº 2

## IX - Âmbito de aplicação do Direito Internacional Humanitário

Para que o DIH incida automaticamente, fundamental que as condições de natureza temporal, geográfica e material estejam presentes.

Em termos temporais, “o direito internacional humanitário se aplica desde o início dos conflitos armados e se estende além da cessação das hostilidades até que uma conclusão geral de paz seja alcançada; ou em caso de conflitos internos, quando se chega a uma solução pacífica”<sup>43</sup>.

Em termos geográficos, o DIH aplica-se, tanto aos locais onde ocorrem os combates ou as hostilidades armadas quanto em sítios nos quais, embora não tenha havido um confronto bélico material, tenham ocorrido atos intimamente relacionados aos embates. A jurisprudência internacional referenda que, para fins geográficos de aplicação do DIH, “não é necessário provar que houve um conflito armado em cada centímetro quadrado da área geral. O estado de conflito armado não se limita a áreas de combate militar efetivo, mas em todo o território sob o controle das partes na guerra”.<sup>44</sup>

Finalmente, em termos materiais, a fim de que situação específica onde não combate armado esteja coberta pelo DIH, mister tal evento restar intimamente relacionado ao conflito. E, ao determiná-la, os tribunais internacionais devem considerar fatores como o conflito armado não precisar ter sido causador do crime, mas a existência de ele dever, no mínimo, ter desempenhado um papel substancial na capacidade do perpetrador de cometê-lo, sua decisão, a forma como foi desfechado ou o propósito para o qual foi perpetrado.<sup>45</sup>

Em resumo, todas as manifestações jurídicas de conteúdo humanitário ora nomeadas integram o Direito Internacional Humanitário, que nada mais é do que a sistematização das regras referentes às situações de guerra para a manutenção e preservação do respeito à dignidade humana nas hostilidades.

Os desafios enfrentados pelo DIH na atual conjuntura, em particular nos conflitos armados de natureza não internacional, terrorismo, prisões indevidas com torturas, conduta de hostilidades, ocupação e sanções é e será sempre resguardar civis, doentes, feridos, mulheres, crianças, dentre os demais vulneráveis.

---

<sup>43</sup> Tribunal Criminal para a Ex-Iugoslávia. *Caso do Ministério Público v. Dusko Tadic*, nº IT-94-1-AR72, decisão da Câmara de Recursos em sua própria jurisdição, 2 de outubro de 1995. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#\\_ftn48](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn48). Acesso em: 5 dez. 2020.

<sup>44</sup> Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia. *Caso do Ministério Público vs. Dragoljub Kunarac e outros*. Sentença da Corte de Apelações de 12 de junho de 2002. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#\\_ftn48](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn48). Acesso em: 5 dez. 2020.

<sup>45</sup> Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, *Caso do Ministério Público vs. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura*, Sentença de 15 de março de 2006. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#\\_ftn48](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn48). Acesso em: 5 dez. 2020.

Uma maneira de visualizar o âmbito da aplicação do DIH é por meio do Mapa Conceitual da Figura 3:

### MAPA CONCEITUAL DO DIH

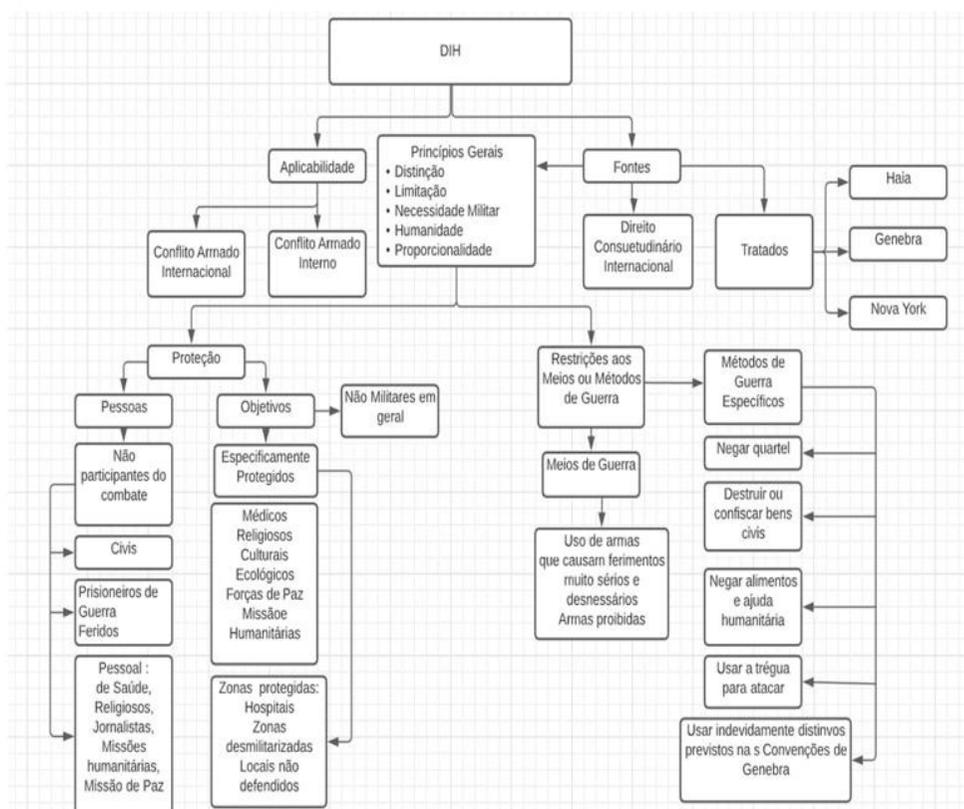


Figura 3

## XII- A Guerra da Ucrânia e o DIH

Nesta altura, cumpre abordar a Guerra da Rússia contra a Ucrânia. Desde o início das hostilidades, os diversos meios de comunicação denunciaram crimes de guerra cometidos pelas forças russas. A principal acusação gira em torno do descumprimento do princípio da distinção. Conforme o Protocolo I das Convenções de Genebra<sup>46</sup>, as partes em conflito devem distinguir os combatentes da população desarmada, além dos objetivos militares e os bens civis. O art. 51(2) é claro ao estabelecer que: “Não serão objeto de ataque a população civil como tal e nem as pessoas civis. São proibidos os atos ou ameaças de violência cuja finalidade principal seja aterrorizar a população civil.”

<sup>46</sup> Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0849.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0849.htm). Acesso em: 14 abr. 2022.

No tocante aos objetivos militares e os bens civis, o art. 52 (1) esclarece: “Os bens de caráter civil não serão objeto de ataques nem de represália. São bens de caráter civil todos os bens que não são objetivos militares como definido no parágrafo”.

Adicione-se ao princípio da distinção o princípio da proporcionalidade disposto no Protocolo no art. 51(1)(b), ao vedar “os ataques quando se pode prever que causarão incidentalmente mortos e ferimentos entre a população civil, ou danos a bens de caráter civil, ou ambas as coisas, e que seriam excessivos em relação a vantagem militar concreta e diretamente prevista.”

Um adendo à proporcionalidade é a determinação dirigida aos conflitantes para adotarem medidas cautelares na escolha de seus alvos, conforme dispõe o art.57(2)(a)(ii). *In litteris*:

Com respeito aos ataques, as seguintes precauções deverão ser tomadas:

a) aqueles que planejem ou decidam um ataque deverão:

ii) tomar todas as precauções possíveis na seleção dos meios e métodos de ataque para evitar ou, ao menos, reduzir de toda forma possível o número de mortos ou feridos que possam ocorrer incidentalmente entre a população civil, assim como os danos aos bens de caráter civil.

Outra vulneração que chama a atenção da opinião pública mundial foi a comunicação oficial do Presidente Joe Biden dos Estados Unidos, de estarem os russos cometendo crimes de guerra e de o Presidente Putin dever ser julgado em virtude de tais delitos.

Convém ressaltar que nem toda violação ao Direito Internacional Humanitário configura crime de guerra, tão só os abusos mais graves darão origem à responsabilidade criminal do perpetrador individual. Os crimes desta natureza encontram-se disciplinados no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), sendo que o art. 8º(b)<sup>47</sup> pontua uma lista abrangente dos atos que os configuram. Uma vez comprovados, o TPI oferecerá uma denúncia para investigá-los e punir os responsáveis.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

<sup>48</sup> No histórico dia 17 de julho de 1998, aprovou-se, na Itália, na conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas, o Estatuto de Roma, instituidor do Tribunal Penal Internacional. Trata-se de uma jurisdição criminal permanente, dotada de personalidade jurídica própria, com sede em Haia, na Holanda. Sua constituição foi votada por 120 Estados favoráveis, 7 contrários – Estados Unidos, Israel, China, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia – e 21 abstenções. Condiçionava o Estatuto a necessidade de 60 ratificações para sua entrada em vigor, somente obtidas em 1º de julho de 2002. Apesar das análises pessimistas em razão de as grandes potências não terem aderido ao Estatuto de Roma, sua criação é uma mudança paradigmática significativa, especialmente por haver previsto a responsabilidade penal individual nos artigos 25, 28 e 30 do Estatuto. Tais dispositivos determinam claramente que a jurisdição do Tribunal recai sobre as pessoas naturais, ao dispor que elas serão *de per se* responsáveis e passíveis de imputação, aí incluídos os comandantes militares e os chefes de Estado. Nesses termos, a Corte Penal julgará e sancionará os indivíduos e não os Estados, afinal, os

Fato é não ser a Rússia signatária do Estatuto de Roma, a base legal do Tribunal Penal Internacional, tampouco a Ucrânia num primeiro momento. Sem embargo, o governo ucraniano apresentou duas declarações separadas, fundadas no artigo 12.º, n.º 3, do Estatuto, reconhecendo a jurisdição *ad hoc* do TPI, a primeira em 2014 e a segunda em 2015.<sup>49</sup>

Adicione-se ter o Tratado de Roma, adotado em 17 de julho de 1998, passado a vigorar internacionalmente em 1º de julho de 2002, quando conseguiu o quórum de 60 países ratificadores da convenção. Daí, mesmo o Estado Russo não sendo membro do TPI e, por decorrência, não possuir o dever de com ele cooperar, seus criminosos podem sim ser levados à julgamento perante aquela Corte. À evidência uma eventual entrega do Presidente Putin configura uma questão à parte, mas a possibilidade da imputação criminosa é real. Por esta razão, trinta e nove Estados Partes solicitaram imediata investigação sobre o conflito, prontamente atendidos pelo Procurador do TPI, Karim AA Khan Q. C.<sup>50</sup> em apoio à Ucrânia.<sup>51</sup>

---

delitos praticados contra o direito internacional são cometidos por homens e, somente punindo os homens que os cometeram, poderão as leis internacionais serem respeitadas, conforme foi dito no Tribunal de Nuremberg, em 1946. Ao TPI cabe, pois, a árdua e nobre missão de garantir que a justiça prevaleça sobre a impunidade e à Sociedade das Nações o compromisso de fortalecê-lo executando suas condenações.

<sup>49</sup> JUSTICE IN CONFLICT. “Embora tenha demorado 15 anos, em 2016 o parlamento ucraniano adotou as alterações relevantes à Constituição para permitir que a jurisdição do TPI fosse aplicável à Ucrânia no caso de o Estatuto de Roma ser ratificado. As emendas entraram em vigor em 30 de junho de 2019.” Disponível em: <https://justiceinconflict.org/2022/03/14/after-all-this-time-why-has-ukraine-not-ratified-the-rome-statute-of-the-international-criminal-court/#:~:text=While%20it%20took%2015%20years,force%20on%2030%20June%202019>. Acesso em: 17 abr. 2022.

<sup>50</sup> ICC. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Acesso em: 17 abr. 2022.

<sup>51</sup> Dentre as condutas tipificadas pelo Tribunal Penal Internacional sujeitas a julgamento na ocorrência de conflitos armados estão os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão. As dificuldades mais expressivas quando da pactuação do Tratado foram a obtenção de um acordo sobre a definição de cada um dos tipos penais elencados, bem com a compatibilização da norma internacional com os ordenamentos domésticos dos países signatários. Isto porque, a despeito da prevalência do princípio da subsidiariedade que garante aos Estados Partes a primazia de julgar os delitos acima estatuídos, sendo acionado o TPI somente se for verificada a falta de vontade de punir ou a absoluta incapacidade para tanto, impasses se estabelecem quando confrontadas as ordens jurídicas interna e internacional. Sobre a questão, a Conferência de Viena de 1993 confirmou a ideia de que os direitos humanos extrapolam o domínio reservado dos Estados e invalidam o recurso ao princípio da soberania invocado pelos países para eximirem-se da responsabilidade de proteção ao indivíduo.

A evidência, a atuação dos tribunais internacionais e dos mecanismos de supervisão estão longe de refletir uma ingerência à soberania interna das Nações, até porque decorrem de uma obrigação por elas assumida anteriormente, no momento da pactuação de um tratado. O TPI representa, pois, um inegável esforço da comunidade internacional na tentativa de afirmação dos direitos humanos concebidos em seu mais *lato* sentido, por firmar a efetiva punição aos piores e mais bárbaros crimes cometidos contra a espécie humana. Tendo como precedentes históricos os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio e os tribunais *ad hoc* para ex-Iugoslávia e Ruanda, a Corte Penal Internacional representa uma grande vitória que supre uma das maiores lacunas institucionais

## XII- Conclusão

Desde a invasão da Rússia em 24 de fevereiro, exurgiram dramáticas questões a propósito de um conflito no coração da Europa. A primeira, se a operação de guerra caracterizada como um conflito Armado Internacional seria legal. Como analisado no tópico *jus ad bellum*, a Federação Russa, ao desfechar o ataque sem provocação, infringiu vários dispositivos do Direito Internacional, em particular, os constantes da Carta da ONU que regem o uso indiscriminado da força contra outro Estado.

A segunda, a deflagração de um processo de emigração em massa de cidadãos ucranianos por força da implantação dos ataques aéreos e bombardeios contra áreas densamente povoadas e alvos não militares que ocasionaram um número crescente de vítimas não combatentes. Diante de tal contexto, a Rússia infringiu as normas do *jus in bello* ou do DIH e provocaram a indignação da Comunidade das Nações, que exigiram apuração urgente de possíveis crimes de guerra.

Do que se vê é que, após décadas, uma grande potência europeia, detentora de vasto arsenal nuclear, atacou um vizinho com capacidade militar significativamente inferior, sem provocação, ocasionando nefastas consequências políticas, sociais e econômicas que repercutirão negativamente na Sociedade Mundial.

Como exposto no presente artigo, o direito humanitário – *jus in bello* – aplica-se às situações de conflito armado com o fito de proteger e assistir as vítimas, a fim de minorar os sofrimentos provocados pela guerra. Por sua vez, os direitos humanos protegem o indivíduo a todo o tempo e ambos se imiscuem na ordem doméstica estatal.

Por tal motivo, afirmaria, Boutros Boutros-Ghali, então secretário da ONU: “Sou tentado a dizer que, pela sua natureza, os direitos do homem aboliram a distinção tradicional entre ordem interna e internacional. Eles resultam de uma permeabilidade jurídica nova. Não se pode considerá-los, nem sob o ângulo da soberania absoluta, nem sob o da ingerência política. Ao contrário, deve-se compreender que o direito do homem pressupõe a colaboração e coordenação dos Estados e das organizações internacionais.”<sup>52</sup> E

---

existentes: a ausência de uma jurisdição criminal supranacional. O impacto de suas atuações futuras afigura-se de extremo relevo por representar um mecanismo poderoso de contenção de novos genocídios e crimes de guerra que acutilaram e tanto horror causaram à Civilização.

<sup>52</sup> De fato, a doutrina internacionalista moderna tem abandonado o tradicional conceito de soberania, dantes concebido como o poder absoluto, ilimitado e incontestável do Estado. Contemporaneamente, um dos maiores desafios jurídicos é discutir e pensar a questão sob os auspícios do direito dos povos, a traduzir-se numa espécie de garantia universal fulcrada na dignidade humana. Nesse contexto, a *novel* conceituação não contrapõe o direito interno ao externo, por conformar os limites da *majestas* estatal. Ademais, a maior parte dos documentos exógenos condiciona a atuação das Cortes Internacionais a uma posterior interveniência, a exemplo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e do próprio Tratado de Roma, o qual estabelece um sistema híbrido de implementação baseado no princípio da

o papel do Direito Internacional Humanitário, diante de tamanha hecatombe, é reconstruir o sistema coletivo de manutenção de paz covardemente rompido, na medida em que “cada vida perdida é uma infelicidade; mas cada vida sacrificada inutilmente no altar das guerras é uma tragédia insuperável”.

### REFERÊNCIAS

ARBELAEZ, Delio Jaramillo. *Derecho Internacional Humanitario*. Ed. Universidad Santo Tomás de Aquino. Bogotá.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 174.

CARNEIRO, Pedro Erik. *Teoria e Tradição da Guerra Justa*. Vide Editorial. SP. 2016. 256 pp.

*Carta da ONU de 1945*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>.

*Caso do Ministério Público v. Dusko Tadic*. Tribunal Criminal para a Ex-Iugoslávia, nº IT-94-1-. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#\\_ftn48](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn48).

*Caso do Ministério Público vs. Dragoljub Kunarac e outros* Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia. Sentença da Corte de Apelações de 12 de junho de 2002. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#\\_ftn48](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn48).

*Caso do Ministério Público vs. Enver Hadzihanovic y Amir Kubura*, Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, Sentença de 15 de março de 2006. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#\\_ftn48](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm#_ftn48).

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 1949 para a proteção das vítimas de guerra*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>.

*Criteria for self-defense*. The Open University. Disponível em: <https://www.open.edu/openlearn/society-politics-law/the-use-force-international-law/content-section-1.3.1>.

*Decreto nº 849*, de 25 de junho de 1993. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0849.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0849.htm).

*Decreto nº 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.388%2C%20DE%2025,q ue%20lhe%20confere%20o%20art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.388%2C%20DE%2025,q ue%20lhe%20confere%20o%20art.)

---

complementaridade. Nesse cenário, elas somente atuarão quando o Estado descumprir ou cumprir de maneira ineficiente o dever de processar e julgar seus criminosos.

Dicionário Jurídico. Disponível em:  
<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1441/Fonte-do-Direito>.

DUNANT, Henry. *Lembrança de Solferino*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 2016.

GASSER, Hans-Peter. *International humanitarian law an introduction*. In: HAUG, Hans. *Humanity for all. The International Red Cross and Red Crescent Movement*. Henry Dunant Institute Haupt. Geneva. Paul Haupt Publishers. 1992.

HENCKAERTS, Jean-Marie e DOSWALD-BECK, Louise. *Customary international humanitarian law*. volume I e II. Cambridge University Press, New York. 3ª ed. 2009.

ICC. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>.

ICYT. Prosecutor vs. Dusko Tadic a/k/a “DULE”. *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*. par. 70.6 ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/violencia-euso-da-forca>.

KRIEGER, César. *Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Tribunal Penal Internacional*. Juruá. Curitiba. 2004.

MELZER, Nils. *Targeted Killing in International Law*. Oxford University Press Inc., New York. 2008.

MELZER, Nils; KUSTER, Etienne. *International Humanitarian Law a Comprehensive Introduction*. Geneva: ICRC, 2016.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, Beatriz Fagionato. TESHIMA, Márcia. *Nicarágua vs. Estados Unidos: uma análise do caso julgado pela corte internacional de justiça*. Disponível em: <http://anais.uel.br/portal/index.php/proensino/article/view/1382>.

PABLO VALLADARES, Gabriel. *Reflexão sobre a importância e vigência do DIH a 70 anos da adoção das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. pp. 23-88. In: *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário*. JUBILUT, Liliana Lyra... [et al.], organizadores. Editora da UFRR, 2019.

PEYTRIGNET, Gerard. *Sistemas Internacionais de proteção da pessoa humana: o direito internacional humanitário*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto;

T, Gerard; e SANTIAGO, Jaime Ruiz de (orgs.). *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. San José, CR: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

PICTET, Jean. *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Geneva: ICRC. 1952.

*Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949*. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/onu2-11-5.html>.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. Saraiva. 15. ed. rev. atual. São Paulo. 2014.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. *Fuentes del derecho internacional humanitario*. In: *Derecho Internacional Humanitario*. Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis e López Sánchez, Joaquín. Coordenadores. Valencia. Tirant lo Blanch. 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Livro 1. Capítulo IV. Tradução: Antonio Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALDANHA, Duarte Quadros e OLIVEIRA, Francisco Varela de. *Fyodor Cláusula de Martens à luz do seu criador, do seu tempo, e da evolução do Direito Internacional Humanitário*. *Negócios Estrangeiros N.º 21*. Edição Digital, outubro de 2021. Disponível em: [https://idi.mne.gov.pt/images/Fyodor\\_Fyodorovich\\_Martens\\_e\\_a\\_Confer%C3%A2ncia\\_de\\_Paz\\_de\\_Haia\\_de\\_1899\\_compreendendo\\_a\\_Cl%C3%A1usula\\_de\\_Martens\\_%C3%A0\\_luz\\_do\\_seu\\_criador\\_do\\_seu\\_tempo\\_e\\_da\\_evolu%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_Direito\\_Internacional\\_Humanit%C3%A1rio.pdf](https://idi.mne.gov.pt/images/Fyodor_Fyodorovich_Martens_e_a_Confer%C3%A2ncia_de_Paz_de_Haia_de_1899_compreendendo_a_Cl%C3%A1usula_de_Martens_%C3%A0_luz_do_seu_criador_do_seu_tempo_e_da_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_Internacional_Humanit%C3%A1rio.pdf).

SASSÒLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Edward Elgar Publishing Limited. 2019.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília, CICV, Escopo Ed., 1988.

### **Nota sobre o autor**

Gen Div Romeu Costa Ribeiro Bastos

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

# O DIREITO APLICADO NAS OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM – BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS NAS ELEIÇÕES

REYNALDO RISPOLI GATTI

Cap QCO – Exército Brasileiro

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Breve Histórico das Operações de Garantia da Lei e da Ordem; 3. Legislação aplicada às Operações de Garantia da Lei e da Ordem; 4. Operações de Garantia da Lei e da Ordem e outras formas de emprego das Forças Armadas; 4.1. Op GLO e Operações na Faixa de Fronteira; 4.2. Op GLO e Ações Subsidiárias; 5. O emprego das Forças Armadas nas Eleições; 5.1. Autoridade competente para solicitar o emprego das FA nas Eleições; 5.2. Competência para o julgamento de crimes praticados em operações de Garantia da Votação e Apuração; 6. Questionamentos sobre a competência da JMU no STF; 7. O emprego das Forças Armadas no Estado do Rio de Janeiro sob Intervenção Federal; 7.1. Principais aspectos jurídicos acerca da Intervenção Federal; 7.2. Intervenção Federal e Op GLO; 8. O emprego das Forças Armadas no Estado de Roraima no contexto da Operação Acolhida; 8.1. Operação Acolhida – Missão de caráter subsidiário; 8.2. Operação Acolhida no contexto de GLO; 9. Possíveis consequências decorrentes do emprego das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem; 10. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A recente escalada da violência e a evidente fragilidade dos sistemas de segurança pública dos Estados constituem situações reais no cotidiano do país que têm ensejado a participação das Forças Armadas em missões tipo polícia na preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A participação das Forças Armadas em operações dessa natureza tem seu respaldo jurídico na Constituição do Brasil de 1988 e em normas infraconstitucionais, restando já consolidado este tipo de emprego diante das frequentes situações vivenciadas. Contudo, não raras vezes, esse tipo de emprego das Forças Armadas que, em tese, deveria ocorrer de maneira episódica, tem ensejado inúmeros questionamentos acerca de sua viabilidade, seja em razão da sua ineficácia para a resolução do problema da segurança pública no país, ou mesmo do elevado risco de comprometimento de seus militares e até mesmo de sua imagem institucional. Evidencia-se ser extremamente importante o conhecimento da legislação que rege o emprego

das Forças Armadas nas operações de garantia da lei e da ordem, principalmente devido à similaridade com as demais missões de caráter subsidiário das quais têm participado e, mais especificamente, diante do pleito eleitoral que se aproxima no corrente ano. O presente estudo foi conduzido utilizando-se da metodologia consistente na pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias, culminando com a obtenção de uma conclusão acerca do assunto, adotando-se uma posição sem, contudo, esgotá-lo.

**Palavras-chave:** Garantia da Lei e da Ordem; emprego das Forças Armadas nas eleições; atribuições subsidiárias.

**ABSTRACT:** The recent escalation of violence and the evident fragility of the State's public security systems are real situations in the daily life of the country that have led to the participation of the Armed Forces in police missions in order to preserve public order and property. The participation of the Armed Forces in operations of this nature has its legal endorsement in the Constitution of Brazil and in internal norms. However, this type of use of Armed Forces job that should have occurred in an episodic manner has led to numerous questions about its viability, either because of its inefficiency in solving the country's public security problem, or even of the high risk of commitment of the military personnel and even of the institutional image of Armed Forces. It is extremely important the knowledge of the legislation governing the use of the Armed Forces in law enforcement and law enforcement operations, mainly due to the similarity with the other missions of a subsidiary nature to which has participated and, more specifically, in the face of the election coming up this year. The present study was conducted using a consistent methodology in the literature of primary and secondary sources, culminating with getting a conclusion on the matter by adopting a position, but without exhausting it.

**KEYWORDS:** Guarantee of Law and Order; employment of the Armed Forces in Elections; subsidiary missions.

## 1 Introdução

O presente artigo objetiva tecer um panorama atual das operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) recentemente ocorridas no país, apresentando ao leitor questionamentos acerca do Direito aplicado em operações dessa natureza.

A recente escalada da violência e a evidente fragilidade dos sistemas de segurança pública dos Estados constituem situações reais no cotidiano do país que têm ensejado a participação das Forças Armadas (FA), tendo como ator majoritário o Exército Brasileiro (EB), em missões tipo polícia na preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Em decorrência dessa situação de colapso da segurança pública, inúmeras soluções são cogitadas para o combate ao crime organizado, dentre as quais a atuação das FA.

A participação das FA em operações dessa natureza tem seu respaldo jurídico na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em normas infraconstitucionais, restando já consolidado este tipo de emprego diante das frequentes situações vivenciadas.

Não obstante este emprego recorrente das FA em operações tipo polícia, torna-se essencial o conhecimento do arcabouço normativo que rege o cumprimento dessas operações.

Diante das frequentes participações das FA em operações de garantia da lei e da ordem (Op GLO), é imperioso destacar as possíveis consequências e reflexos que lhe poderão advir, face à inegável credibilidade que ostentam perante a sociedade.

Neste contexto, dada a complexidade que permeia o assunto, ainda remanescem questionamentos quanto ao amparo legal para seu emprego em Op GLO.

A fim de melhor elucidar esta questão, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto e dar a resposta final ao problema, será abordado o tema de maneira a apresentar a legislação aplicada, bem como algumas diferenças com outros tipos de operações, dentre as quais as ações de caráter subsidiário, contemplando breves considerações acerca do emprego das FA na segurança dos pleitos eleitorais.

Abordar-se-á, também, no presente artigo, a situação de intervenção federal decretada no Estado do Rio de Janeiro em 2018 para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, de forma a esclarecer as principais características acerca deste peculiar instituto, bem como do emprego das FA no estado de Roraima no contexto da Operação Acolhida.

Referida operação constitui-se em exemplo paradigmático de atuação das FA em missão de caráter subsidiário para atender situação de emergência em Roraima ocasionada pelo intenso fluxo migratório de venezuelanos que, não obstante seu caráter humanitário, vivenciou momentos de típica Op GLO.

## **2 Breve Histórico das Operações de Garantia da Lei e da Ordem**

A fim de orientar o entendimento do assunto abordado no presente artigo, é de suma importância o conhecimento acerca do histórico do emprego das FA em operações urbanas, bem como a previsão legal de atuação nesse contexto no ordenamento jurídico brasileiro.

Na atual Constituição Federal de 1988, as missões das FA foram definidas, de forma geral para a defesa externa do estado, cabendo aos órgãos definidos no art. 144 zelar pela segurança pública.

Contudo, em situações especiais, as FA também poderão atuar no ambiente interno, em cumprimento à garantia dos poderes constitucionais ou da lei e da ordem.

Nesse contexto, as operações militares da atualidade têm-se caracterizado por intensas ações em áreas urbanas.

Em 1981, empregaram-se pela primeira vez as FA em ações internas de ordem pública em atendimento a uma solicitação do governador do Estado da Bahia, na época o Sr. Antônio Carlos Magalhães. O enfrentamento dos militares com os grevistas resultou na morte de um militar da Polícia Militar (PM) daquele Estado (BRASIL, 2018).

Em 1988, tropas do EB ocuparam a Companhia Siderúrgica Nacional em virtude da greve de funcionários da siderúrgica. Na ocasião, a operação resultou na morte de três empregados da empresa, chamando a atenção para a necessidade, por parte do governo, de regulamentar o emprego das FA nestas situações.

Visando respaldar juridicamente essas ações, promulgou-se a Lei Complementar nº 69, de 1991. Cavalcanti (2006) bem sintetiza acerca dos desafios, à época, de se implementar essa legalização, até então não prevista na norma constitucional:

As normas gerais relativas à organização, ao preparo e ao emprego das Forças Armadas, foram estabelecidas inicialmente através da Lei Complementar nº 69, de 23 Julho 1991. A atuação das Forças Armadas, a partir dessa lei, depende de decisão do presidente da República, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por qualquer dos poderes constitucionais, através do presidente do Supremo Tribunal Federal ou do presidente do Congresso Nacional. Essa **condição foi incluída, por emenda, para evitar interpretação excessivamente ampliada.**

O problema do envolvimento das Forças Armadas nas questões internas sempre foi motivo de discussões políticas e jurídicas. Com a lei complementar de 1991 esperava-se que tais intervenções, que tanto desgastam a imagem dos militares, tivessem seus contornos bem delineados (grifo nosso).

Em 1994, para conter a onda de violência e criminalidade que assolava a cidade do Rio de Janeiro, realizou-se a Operação Rio, tendo as FA, por um período de cerca de um ano, ocupado as ruas e realizado operações em favelas.

Não obstante a sensação de segurança proporcionada à população em decorrência da presença dos militares das FA no ambiente urbano da cidade carioca, bastantes foram as críticas à atuação dos militares federais devido à ausência na Constituição Federal de dispositivo que amparasse ações tipo polícia por eles exercidas.

A década de 90 do século passado foi marcada por constantes fatos em que se invocou a presença dos militares das FA nas ruas para garantir a tranquilidade e restaurar a ordem pública em diversos estados.

Nessa toada, face à situação de instabilidade nos estados foi promulgada a LC 97/1999, revogando-se a LC 69/1991, respaldando as ações das FA na área da segurança pública.

Em 2001, o país foi palco de nova participação das FA, particularmente do EB, para restaurar a segurança pública comprometida por uma série de manifestações e greves das PM em vários estados.

A reiteração desses fatos despertou a sociedade, governantes e representantes dos poderes da União acerca da questão do emprego das FA na GLO.

Face à falta de solidez no ordenamento jurídico pátrio de dispositivos legais que pormenorizassem as ações das FA na atuação em GLO, bem como a necessidade de ampliação de seus poderes, de modo a regular a atuação dos militares evitando-se, conseqüentemente, que fossem alvos de processos, como ocorrera com militares que participaram da citada Operação Rio, fomentaram-se discussões que, posteriormente, com a aprovação jurídica da Advocacia-Geral da União, culminaram na elaboração pelo Presidente da República das diretrizes para o emprego das FA na GLO, por meio do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.

Por intermédio deste decreto, assegurou-se o devido poder de polícia às FA para o cumprimento de ações tipo polícia.

Posteriormente, a LC 97/1999 passou por atualizações e aperfeiçoamentos face às alterações promovidas pelas LC 117/2004 e LC 136/2010.

De fato, a LC 97/99 manifestava inquietantes lacunas a serem preenchidas, valendo destacar as seguintes:

- 1- Em que áreas e por quanto tempo deverão atuar as FA na GLO?
- 2- Quando são considerados esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública relacionados no art. 144 da Constituição Federal?

3- A atuação dos militares das FA, no cumprimento da Lei e da Ordem, é considerada atividade militar, para fins de aplicação da legislação penal e processual militar?

4- A quem cabe o controle operacional da missão?

Verifica-se, portanto, que as alterações promovidas pela LC 117/2004 foram significativas para as operações de GLO ao passo que também conferiu competência plena às FA para ações de segurança pública na faixa de fronteira, o que representa 27% do território nacional, além de garantir que qualquer crime cometido contra as FA deve estar sob a jurisdição da Justiça Militar da União (JMU).

Uma das alterações mais importantes trazidas pela LC 117/2004 foi facultar ao EB, como atribuição subsidiária, a possibilidade de executar ações de patrulhamento, revista de pessoas e de veículos e realizar prisões em flagrante delito, na faixa de fronteira.

No que concerne às mudanças trazidas pela LC 136/2010, com apenas 4 artigos, a referida LC modificou dispositivos da LC 97/99, basicamente quanto à estrutura do Ministério da Defesa, à estrutura e política de Defesa Nacional e o Poder de Polícia das FA.

Sobre o poder de polícia, por intermédio da Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010, a Marinha do Brasil e a Força Aérea Brasileira receberam como atribuição o poder de polícia para atuar contra os crimes transfronteiriços e ambientais na faixa de fronteira, poder este que, antes da referida lei, era destinado apenas ao EB.

A atuação das FA continuará sendo exercida da mesma forma que o Exército já atuava, ou seja, através de ações preventivas e repressivas, podendo realizar uma série de atividades típicas de polícia, tais como realizar patrulhamentos, revistas de pessoas, veículos, embarcações e aeronaves. Contudo a atribuição de combate a esses crimes não foi transmitida para as FA em detrimento da obrigação constitucional da Polícia Federal, que é destinada a atuar como polícia de fronteira e com a competência de polícia judiciária exclusiva da União.

Evidenciam-se, após essas modificações legislativas, hipóteses de emprego das FA em missões de caráter subsidiário, possibilitando-lhes o emprego em ações de cooperação e coordenação com agências governamentais.

Essa novel forma de emprego atualmente encontra-se definida como operações que são executadas por seus militares em apoio aos órgãos ou instituições (governamentais ou não, militares ou civis, públicos ou privados,

nacionais ou internacionais), definidos genericamente como agências (BRASIL, 2017).

A título de exemplo, as ações empreendidas pelo EB na GLO são, portanto, doutrinariamente hoje consideradas como um tipo de ação de cooperação e coordenação com agências.

### 3 Legislação aplicada às Operações de Garantia da Lei e da Ordem

Inicialmente, cumpre destacar a previsão constitucional de emprego das FA na GLO.

Em consonância com a tradição constitucional brasileira, que sempre conferiu às FA a manutenção das leis e a sustentação das instituições constitucionais, acerca da possibilidade de seu emprego em GLO, a Constituição Federal de 1988 assim dispõe:

Art. 142. **As Forças Armadas**, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e **destinam-se** à defesa da Pátria, à **garantia** dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, **da lei e da ordem**.

**§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.** (grifo nosso).

Analisando-se os pontos em destaque, temos que é missão constitucional das FA realizar missões destinadas à garantia da lei e da ordem, entenda-se GLO, na forma da Lei Complementar.

A Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, por sua vez, com as alterações promovidas pelas LC 117/2004 e 136/2010, assevera que o emprego das FA em operações de GLO dá-se da seguinte forma:

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:

I - ao Comandante Supremo, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, no caso de Comandos conjuntos, compostos por meios adjudicados pelas Forças Armadas e, quando necessário, por outros órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

II - diretamente ao Ministro de Estado da Defesa, para fim de adestramento, em operações conjuntas, ou por ocasião da participação brasileira em operações de paz; (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

III - diretamente ao respectivo Comandante da Força, respeitada a direção superior do Ministro de Estado da Defesa, no caso de emprego isolado de meios de uma única Força.

§ 1º Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

§ 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 4º Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3º deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 5º Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 6º Considera-se controle operacional, para fins de aplicação desta Lei Complementar, o poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15

de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Nota-se que o art. 15 da LC 97/1999 categoriza as diretrizes que devem ser observadas quando do emprego das FA em uma Op GLO, denotando a intenção do legislador de bem demonstrar que as tarefas de garantir a lei e a ordem são precípua dos Órgãos de Segurança Pública (OSP), que, para este mister, têm suas competências primárias definidas no art. 144 da Constituição Federal.

Assim, apenas e tão somente em situações de anormalidade, de forma episódica, as FA poderão atuar em ações tipo polícia, quando os OSP se demonstrarem indisponíveis, inexistentes ou insuficientes para o cumprimento regular de suas atribuições na área da segurança pública.

Entretanto, nos dias de hoje nosso País tem sido palco de frequentes situações de emprego das FA sem que haja o “esgotamento” dos OSP.

Não obstante, da leitura do art. 15 da LC 97/1999, extrai-se que os requisitos legais para o emprego das FA em ações de GLO são os seguintes:

- 1) Determinação formal do Presidente da República, por intermédio de mensagem;
- 2) Esgotamento formal dos OSP da Unidade da Federação;
- 3) Atuação das FA de maneira episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado; e
- 4) Transferência, mediante ato formal, do controle operacional dos OSP necessários à missão ao Coordenador das Operações.

Já o Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001, delimita as orientações para o planejamento, coordenação e a execução das ações das FA, e de órgãos federais governamentais, na GLO.

#### **4 Operações de Garantia da Lei e da Ordem e outras formas de emprego das Forças Armadas**

Face à variedade de missões em que se têm empregado as FA, não raras vezes, torna-se bastante comum, mormente no seio da caserna, a falta de uniformização quanto à interpretação da legislação, de modo a possibilitar o adequado enquadramento de uma situação ao correspondente tipo de operação.

Assim, demonstra-se pertinente no presente artigo a explanação acerca das principais diferenças entre uma Op GLO e os demais tipos de missões possíveis em ambiente urbano.

#### 4.1 Op GLO e Operações na Faixa de Fronteira

Uma operação realizada pelas FA, por vezes confundida com Op GLO, é a atuação na faixa de fronteira terrestre.

A faixa de fronteira terrestre é a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura ao longo das fronteiras terrestres, considerada como fundamental para a defesa do território nacional, conforme o § 2º do art. 20 da Constituição Federal de 1988.

A missão das FA na faixa de fronteira se dá de duas formas: de maneira principal, na defesa do território nacional, e de maneira subsidiária, na forma do art. 16-A da LC 97/99, *in verbis*:

Art. 16-A. Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

I - patrulhamento; (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

II - revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

III - prisões em flagrante delito. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

A atuação na faixa de fronteira, contra delitos transfronteiriços e ambientais, sendo subsidiária, ocorre de maneira excepcional, quando outros órgãos federais não conseguem realizar aquela que é sua principal missão que é conferida subsidiariamente às FA.



Figura 1 – Militares da Marinha do Brasil realizando patrulhamento na faixa Oeste do País no combate aos delitos transfronteiriços.

Fonte: (NAVAL, 6º Distrito)

Do exposto, podem ser identificadas as diferenças entre as ações que são realizadas em uma operação na faixa de fronteira e em uma Op GLO.

Sobre o assunto, nota-se que o art. 16-A da LC 97/99 não exige que a atuação em faixa de fronteira seja precedida de ordem presidencial.

Outra notória distinção é que não há necessidade de esgotamento dos OSP para que as FA empreendam operações na faixa de fronteira.

Observa-se, portanto, um *modus operandi* diferenciado para a atuação em faixa de fronteira e para o emprego das FA em Op GLO.

#### **4.2 Op GLO e Ações Subsidiárias**

A Lei Complementar 97/99 trata, também, das ações subsidiárias das FA, distinguindo as atribuições subsidiárias em geral e particular.

As atribuições gerais estão elencadas no art. 16 e 16-A, sendo que as relativas ao art. 16-A já foram tratadas no subcapítulo anterior.

Como atribuição subsidiária geral, o art. 16 descreve o seguinte:

Art. 16. Cabe às Forças Armadas, como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, integra as referidas ações de caráter geral a participação em campanhas institucionais de utilidade pública ou de interesse social.

Assim, tudo o que se referir à defesa civil, às ações cívico-sociais, às atividades de cooperação para o desenvolvimento nacional, à participação em campanhas institucionais de utilidade pública e de interesse social, serão ações subsidiárias gerais das FA.

Estas ações de caráter geral necessitam de determinação do Presidente da República para que sejam implementadas.

As atribuições particulares estão contidas nos artigos 17 (Marinha), 17-A (Exército) e 18 (Aeronáutica) da LC 97/99. Por oportuno, transcreve-se, a seguir, o dispositivo que trata acerca das atribuições particulares das três Forças:

Art. 17. Cabe à Marinha, como atribuições subsidiárias particulares:

I – orientar e controlar a Marinha Mercante e suas atividades correlatas, no que interessa à defesa nacional;

II – prover a segurança da navegação aquaviária;

III – contribuir para a formulação e condução de políticas nacionais que digam respeito ao mar;

IV – implementar e fiscalizar o cumprimento de leis e regulamentos, no mar e nas águas interiores, em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, federal ou estadual, quando se fizer necessária, em razão de competências específicas.

V – cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional ou internacional, quanto ao uso do mar, águas interiores e de áreas portuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

Parágrafo único. Pela especificidade dessas atribuições, é da competência do Comandante da Marinha o trato dos assuntos dispostos neste artigo, ficando designado como “Autoridade Marítima”, para esse fim.

Art. 17-A. Cabe ao Exército, além de outras ações pertinentes, como atribuições subsidiárias particulares:

I – contribuir para a formulação e condução de políticas nacionais que digam respeito ao Poder Militar Terrestre; (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

II – cooperar com órgãos públicos federais, estaduais e municipais e, excepcionalmente, com empresas privadas, na execução de obras e serviços de engenharia, sendo os recursos advindos do órgão solicitante; (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

III – cooperar com órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, no território nacional, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução; (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

IV – (Revogado pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Art. 18. Cabe à Aeronáutica, como atribuições subsidiárias particulares:

I – orientar, coordenar e controlar as atividades de Aviação Civil;

II – prover a segurança da navegação aérea;

III – contribuir para a formulação e condução da Política Aeroespacial Nacional;

IV – estabelecer, equipar e operar, diretamente ou mediante concessão, a infra-estrutura aeroespacial, aeronáutica e aeroportuária;

V – operar o Correio Aéreo Nacional.

VI – cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, quanto ao uso do espaço aéreo e de áreas aeroportuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução; (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

VII – preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, de maneira contínua e permanente, por meio das ações de controle do espaço aéreo brasileiro, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operação combinada com organismos de fiscalização competentes, aos quais caberá a tarefa de agir após a aterragem das aeronaves envolvidas em tráfego aéreo ilícito, podendo, na ausência destes, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações e aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante delito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010)

Parágrafo único. Pela especificidade dessas atribuições, é da competência do Comandante da Aeronáutica o trato dos assuntos dispostos neste artigo, ficando designado como “Autoridade Aeronáutica Militar”, para esse fim. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010) .

Nota-se que as atribuições subsidiárias particulares não necessitam de determinação presidencial para serem realizadas. A própria Lei Complementar já autoriza a sua realização.

Registre-se que, quando as FA cooperarem na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução, ou quando estiverem cooperando com órgãos públicos federais, estaduais e municipais e, excepcionalmente, com empresas privadas, na execução de obras e serviços de engenharia, o poder de polícia do qual está investida é o poder de polícia geral, previsto no art. 301 do Código de Processo Penal, ou seja, só poderá agir quando diante da ocorrência de flagrante delito e, ainda assim, se as circunstâncias permitirem.

Assim, por exemplo, militares que se encontram realizando um transporte de madeiras apreendidas pelos órgãos de fiscalização ambiental numa rodovia não têm o dever legal para agirem bloqueando a estrada no intuito de impedir a fuga de delinquentes que acabaram de assaltar um carro-forte a alguns quilômetros à frente de seu itinerário, ou mesmo interceptá-los.

O poder de polícia afeto às ações das FA, entretanto, poderá ser ampliado em típica Op GLO por força de um decreto presidencial.

Um exemplo de Op GLO foi a Operação Verde Brasil, cujo decreto autorizou a realização de ações de fiscalização ambiental que foram coordenadas com os OSP, órgãos ambientais e demais agências afins.

Um aspecto, porém, dessa peculiar Op GLO é o fato de que, embora as FA tenham sido empregadas em contexto de GLO, no exercício de sua atribuição constitucional de garantia da lei e da ordem para o enfrentamento dos crimes ambientais, não se esteve diante de um cenário de emprego de

completo esgotamento dos OSP e demais agências que, ressalta-se, mantiveram o pleno exercício de suas atribuições em situação de normalidade institucional no enfrentamento aos crimes ambientais.

Nesse sentido, os OSP, bem como as agências afins, quais sejam, o IBAMA, ICMBio e Secretarias Municipais e Estaduais de Meio Ambiente locais, cumpriram suas atribuições no contexto da referida operação de modo significativo sendo apoiados pelas FA, de maneira que não houve implicações na competência primária desses órgãos.

A Operação Verde Brasil é um bom exemplo de Op GLO que demonstrou ser imperiosa a participação uníssona de todos os órgãos envolvidos, o que foi crucial para a concretização das ações que foram requeridas, as quais obtiveram resultados expressivos de modo satisfatório no combate aos delitos de natureza ambiental.



Figuras 2 e 3 – Militares do EB em Operação de GLO ambiental no ano de 2020 na Operação Verde Brasil II. Fonte: (EB, OPERAÇÃO VERDE BRASIL II EM MARABÁ)

Particularmente, no que toca à Operação Verde Brasil, a qual teve seu início em meados de Agosto de 2019 por intermédio do Decreto Presidencial nº 9.985, de 23 de agosto de 2019, e, em razão de seus expressivos resultados, sucedeu-se, também, no ano seguinte sob a égide do Decreto Presidencial nº 10.341, de 6 de maio de 2020, trata-se de típica operação em que o poder de polícia conferido às FA foi especificamente para o cumprimento da missão delimitada nos citados decretos.

A aludida operação constituiu-se em singular exemplo de coordenação entre as FA, OSP e demais órgãos envolvidos, onde se buscou a integração nos trabalhos de fiscalização e execução das atividades para a consecução do objetivo comum estipulado pelo governo federal.

Nesse contexto, o poder de polícia conferido às FA condicionou-se à decisão presidencial, Chefe do Poder Executivo, o qual foi delimitado nas diretrizes da missão, conforme previsto no § 2º do art. 15 da LC 97/99.

Em situação vivenciada por este autor por ocasião da Operação Verde Brasil, junto ao Centro de Coordenação de Operações do Comando da 23ª Brigada de Infantaria de Selva (CCOp Cmdo 23ª Bda Inf Sl), na qual pairavam dúvidas entre os militares que estavam atuando na linha de frente quanto ao poder de polícia inerente a cada órgão participante, com base nos acontecimentos e nas reuniões ocorridas com os representantes dos órgãos e agências afins, demonstrou-se oportuno a elaboração de uma tabela com o propósito de minimizar as incertezas sobre o poder de polícia na missão.

Por ser oportuno e diante da considerável participação de vários atores no contexto da Operação Verde Brasil, tem-se o seguinte quadro, tabela, que demonstra, de modo claro e sucinto, o poder de polícia conferido a cada um dos órgãos envolvidos na sobredita operação:

**Poder de Polícia OPERAÇÃO VERDE BRASIL**

Órgão/Agência	 Secretaria de Meio Ambiente e Sustentabilidade (Semas)	 IBAMA	 ICMBio	 FUNAI	 Polícia Federal	 Polícia Militar	 Bombeiro Militar	 Força Nacional de Segurança Pública	 Exército Brasileiro em GLO
Entidade que representa	Órgão estadual NÃO É OSP	Autarquias Federais (criadas por Lei) NÃO SÃO OSP		Órgão indigenista oficial do Brasil NÃO É OSP	OSP (crimes da competência da Justiça Federal)	OSP (crimes da competência da Justiça Estadual)	OSP Estadual	Programa de cooperação de Segurança Pública que conta com a participação de militares estaduais	Em Operação de Coordenação e Cooperação com os OSP e Agências afins, atuando de modo articulado com estes atores
Atribuições	Implementação de políticas públicas ambientais no Estado; Exerce o poder de polícia ambiental a nível estadual	Exercer o poder de polícia ambiental (podem atuar nas UC na natureza do ICMBio)	Exercer o poder de polícia ambiental nas Unidades de Conservação (mais restrito)	Exerce o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas	Exerce com exclusividade as funções de polícia judiciária da União	Exerce a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública	Atribuição de Defesa Civil – principal ator nas atividades de prevenção e combate a incêndios	Exerce o policiamento ostensivo ou em operações de policiais especiais em qualquer parte do país	Missão constitucional para ações preventivas e repressivas (delimitadas pelo Decreto)
Poder de Polícia para realizar a PRISÃO EM FLAGRANTE	NÃO POSSUI Somente sanções administrativas	NÃO POSSUI Somente sanções administrativas	NÃO POSSUI Somente sanções administrativas	NÃO POSSUI No contexto da operação atua em conjunto com o IBAMA	POSSUI No contexto da operação atua nas Unidades de Conservação e Terras Indígenas	POSSUI	NÃO POSSUI	POSSUI	POSSUI Somente em função do Decreto de GLO
Para os procedimentos de APFD	NÃO Auto de Infração	NÃO Auto de Infração	NÃO Auto de Infração	NÃO	SIM Responsável pelo Inquérito Policial	A cargo da Polícia Civil do Estado	NÃO	A cargo da Polícia Civil do Estado ou Polícia Federal	NÃO Somente em caso de CRIME MILITAR

Fonte: GATTI, 2020

## 5 O emprego das Forças Armadas nas Eleições

Este assunto, por si só, já suscita uma variedade de dúvidas quanto ao poder de polícia que é conferido às FA no processo eleitoral, particularmente em ano de eleições.

A missão das tropas federais no contexto de uma operação de Garantia da Votação e Apuração (GVA) é garantir o livre exercício do voto, a

normalidade da votação e da apuração dos resultados nas localidades em que a segurança pública necessita do reforço. E, ainda, atuar para inibir a perturbação da organização e a realização dos pleitos.

Nesse sentido, os militares também podem ser requisitados para auxiliar a Justiça Eleitoral no apoio logístico, levando equipamentos e pessoal a locais longínquos e isolados. No entanto, o apoio no transporte de urnas somente pode ser realizado pelos militares na presença de pessoal da Justiça Eleitoral.



Figuras 4 e 5 – Militares da FAB em apoio ao pleito eleitoral no ano de 2016 juntamente com servidores do TRE. Fonte: (FAB, ASAS QUE PROTEGEM O PAÍS)

O amparo legal de uma operação de GVA é o art. 23, incisos XIV e XVIII, do Código Eleitoral, aprovado pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, abaixo transcritos, *in verbis*:

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

[...]

XIV – **requisitar a força federal** necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e **para garantir a votação e apuração**; (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4/5/1966)

[...]

XVIII – tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. (grifo nosso).

Dos dispositivos aqui citados, nota-se que a requisição da força federal se restringe ao cumprimento da lei, das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ou das decisões dos Tribunais Regionais, e para garantir a votação e apuração.

A decisão do TSE de empregar força federal visa, em geral, assegurar a plenitude do processo eleitoral, possibilitando o livre exercício do voto pelos

eleitores, de forma a assegurar condições para o exercício da campanha eleitoral aos candidatos e cobertura do processo pela imprensa (DA SILVA, 2018).

O TSE, por sua vez, por meio da Resolução nº 21.843, de 22 de junho de 2004, ainda em vigor, dispõe sobre a requisição de força federal de que trata o Código Eleitoral da seguinte forma:

Art. 1º **O Tribunal Superior Eleitoral requisitará força federal necessária ao cumprimento da lei ou das decisões da Justiça Eleitoral**, visando garantir o livre exercício do voto, a normalidade da votação e da apuração dos resultados.

Art. 2º Aprovada e feita a requisição pelo Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral entrará em entendimento com o comando local da força federal para possibilitar o planejamento da ação do efetivo necessário.

**Parágrafo único. O contingente da força federal, quando à disposição da Justiça Eleitoral, observará as instruções da autoridade judiciária eleitoral competente.**

Art. 3º A Polícia Federal, à disposição da Justiça Eleitoral, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 1064/69, exercerá as funções que lhe são próprias, especialmente as de polícia judiciária em matéria eleitoral, e observará as instruções da autoridade judiciária eleitoral competente.

Art. 4º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogada a Resolução-TSE nº 8.906, de 5 de novembro de 1970. (grifo nosso).

Frisa-se que a atuação das FA, neste tipo de operação, tem como arcabouço jurídico de maior relevância a Constituição Federal (art. 142) e o Código Eleitoral (art. 23, inciso XIV).

No entanto, tem-se sustentado que o emprego da tropa em GVA seria, em verdade GLO, em razão do que dispõe o art. 5º do Decreto nº 3.897/2001, a seguir transcrito:

Art. 5º **O emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem**, que deverá ser episódico, em área previamente definida e ter a menor duração possível, **abrange**, ademais da hipótese objeto dos arts. 3º e 4º, outras em que se presume ser possível a perturbação da ordem, tais como as relativas a eventos oficiais ou públicos, particularmente os que contem com a participação de Chefe de Estado, ou de Governo, estrangeiro, e à **realização de pleitos eleitorais**, nesse caso quando solicitado. (grifo nosso).

Sobre este aspecto, segundo pontuado por DA SILVA (2018):

Essa posição é adotada, até aqui, pelo o Ministério da Defesa e pelo Gabinete de Segurança Institucional. Tanto que, nas últimas eleições gizaram a expressão “garantia da lei e da ordem (GLO) nas eleições, durante a votação e a apuração”, em seus documentos oficiais. Mais recentemente, a Portaria Normativa Nr 186/MD, de 31 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a publicação “Garantia da Lei e da Ordem”, reforçou esse entendimento ao consignar que:

#### 4.4.3 PRINCIPAIS AÇÕES

Entre outras, dependendo da característica do emprego autorizado na GLO, podem-se relacionar as seguintes ações a serem executadas:

[...]

h) permitir a realização de pleitos eleitorais; (sic).

Entretanto, embora haja algumas semelhanças no cumprimento das operações, a atuação em GVA difere da atuação na GLO.

A referência a “pleitos eleitorais”, no art. 5º do Decreto nº 3.897, de 2001, juridicamente, por si só, não tem o condão de conferir a natureza de “operação de GLO” àquele tipo de missão (DA SILVA, 2018).

Isso porque a GLO está sujeita a um rito especial próprio e ao prévio cumprimento de requisitos estabelecidos pela LC 97/99, enquanto que o apoio às eleições está condicionado à simples **requisição** do TSE.

Assim, no contexto de GVA os OSP continuam desenvolvendo suas atribuições constitucionais e legais de forma plena, razão pela qual caberá às FA, quando empregadas, somente atuar em missões que sejam pertinentes aos pleitos eleitorais.

A título de exemplo, na GVA as tropas do EB empregadas em um determinado município, não poderá realizar o patrulhamento ostensivo para garantir a incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas. Isso porque os OSP locais, PM, continuam exercendo suas atribuições normalmente. A exceção a essa regra dar-se-á somente se este tipo de atividade policial estiver relacionada ao propósito da missão conferida ao EB, que é a de assegurar a realização do pleito eleitoral.

Para facilitar a compreensão do leitor, o quadro a seguir sintetiza bem algumas diferenças entre o emprego das FA em GLO e GVA:

Requisito/Situação	GVA	GLO
Fundamento legal infraconstitucional	Código Eleitoral (possui natureza jurídica de Lei Complementar)	Lei Complementar 97/99
Autoridade/órgão que determina o emprego	TSE	Presidente da República
Necessidade de esgotamento dos OSP	Não é pressuposto para determinação de emprego da tropa	É pressuposto para emprego da tropa
Competência para julgar delitos imputados a militares	Justiça Militar da União	Justiça Militar da União
Atuação de maneira episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado	Consoante requisição do TSE, restrita à duração do período eleitoral e com limitação territorial referente à Zona Eleitoral	Conforme ato do Presidente da República
Transferência, mediante ato formal, do controle operacional dos OSP	Não há. Cada órgão continua exercendo, de forma independente, suas atribuições normais, sob as diretrizes específicas do Juiz Eleitoral	É pressuposto para emprego da tropa
Defesa judicial de militares	Pode ser promovida pela AGU	Pode ser promovida pela AGU
Poder de Polícia	Sim	Sim
Objetivo da Operação	Assegurar a realização dos pleitos eleitorais	Preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio

- Na prática, não se tem observado o total esgotamento dos OSP para a decretação de uma Op GLO.  
Fonte: DA SILVA, 2018.

### 5.1 Autoridade competente para solicitar o emprego das FA nas eleições

Como destacado, o apoio às eleições está condicionado à requisição do TSE.

Nesse desiderato, conhecendo-se as diferenças que permeiam uma Op GLO e uma operação de GVA, tanto em seus aspectos legais quanto operacionais, é indubitável que o Presidente do TSE, por exemplo, não é autoridade competente para solicitar o emprego de tropa federal em GLO, mas o é para solicitar para uma operação de GVA, conforme se depreende do art. 23, incisos XIV e XVIII, do Código Eleitoral e Resolução TSE nº 21.843, de 22 de junho de 2004.

E esta solicitação não pode ocorrer de outra forma.

Ocorre que, não raras vezes, a solicitação em tela é realizada pelo próprio Juiz Eleitoral diretamente à autoridade militar próxima. Tal fato constitui-se em ato que destoia do procedimento previsto em Lei e acaba, muitas vezes, suscitando dúvidas quanto à sua exequibilidade pelo militar responsável pela tropa localizada no local, ensejando um significativo risco para a instituição, FA, caso seja atendida.

Por ser oportuno e no intuito de enriquecer o conteúdo do presente artigo, cito adiante situação vivenciada por este autor quando na função de Assessor Jurídico da 23ª Bda Inf Sl, Grande Unidade (GU) do Exército Brasileiro, localizada na cidade de Marabá, PA, cuja área de responsabilidade abrange considerável parte da região Norte do país.

Por ocasião da aproximação do pleito eleitoral no ano de 2020, compareceu nas instalações daquela GU uma Senhora, Chefe de Cartório de uma cidade do interior do Estado do Pará, com um ofício em mãos do Juiz Eleitoral de sua cidade, no qual continha solicitação direta de emprego de tropa do EB ao Comandante da 23ª Bda Inf Sl.

Em resposta, aquela GU oficializou ao Magistrado nos seguintes termos:

Ofício XX-Asse Ap As Jurd/23ª  
Bda EB: XXXXX.XXXXXX/2020-XX

Marabá, PA, 12 de novembro de 2020.

**Ao Excelentíssimo Senhor Doutor, XXXXXXXXXXXXX, Juiz Eleitoral em Xxxxx-PA**

**ASSUNTO:** Impossibilidade legal de atendimento à requisição de apoio de tropa federal para atuação nas eleições municipais em Xxxxx - PA.

**Referência:** Ofício ZE nº XX/2020 - TRE/JUIZE/XXª ZE, de 11 de novembro de 2020.

1. Em atenção ao Ofício referenciado, o qual requisita a esta Grande Unidade do Exército Brasileiro a atuação de militares para reforço no primeiro e único turno do Pleito Eleitoral 2020 a ser realizado no dia 15 do corrente mês e ano no município de Xxxxxxx – PA, informo a Vossa Excelência que para o atendimento da referida requisição, esse juízo deverá destiná-la ao Tribunal Superior Eleitoral na forma estabelecida na Resolução TSE nº 21.843, de 22 de junho de 2004.

2. Assim, em razão da imposição normativa contida na citada Resolução, este Comando encontra-se impossibilitado de atender de plano a solicitação requerida.

3. Certo de poder contar com a compreensão de Vossa Excelência, apresento meus protestos de estima e distinta consideração.

Respeitosamente,

**General de Brigada XXXXXX XXXXXXX**  
**Comandante da 23ª Brigada de Infantaria de Selva**

Nota-se, pois, que a legislação de amparo para o emprego de tropa em apoio às eleições não dá azo a dúvidas quanto ao procedimento a ser adotado, de modo que o Comandante daquela GU, quando instado por autoridade judiciária local para tal propósito, negou o apoio solicitado com segurança, agindo de conformidade com as normas legais.

Acresce-se que, pautado no sentimento de cordialidade e bom relacionamento que a instituição, Exército Brasileiro, ostenta com o Poder Judiciário e demais órgãos essenciais à Justiça, paralelamente ao envio da resposta em questão, estabeleceu-se um contato telefônico com o Magistrado para fins de esclarecer-lhe a situação de negativa, fato que, destaca-se, foi bem compreendido e não gerou nenhum tipo de insatisfação entre as autoridades envolvidas.

## **5.2 Competência para o julgamento de crimes praticados em Operações de Garantia da Votação e Apuração**

Com a atuação, já frequente, das FA em Op GLO e, mais especificamente, na segurança dos pleitos eleitorais em típica operação de GVA, potencializam-se as possibilidades dos militares empregados enfrentarem uma série de práticas consideradas ilegais que são peculiares neste tipo de atuação.

Nesse sentido, por ainda suscitarem dúvidas quanto ao modo de agir diante da ocorrência de ilícito no contexto das eleições, optei por contemplar, no presente subcapítulo, conteúdo explicativo acerca deste assunto.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, promoveu significativas alterações no CPM tendo, na oportunidade, contemplado nítida diferença entre Op GLO e operação de GVA ao tratar da questão da competência da JMU para processar e julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis.

Nesse sentido, no ponto que interessa, transcrevo abaixo os dispositivos do referido Codex:

### **Crimes militares em tempo de paz**

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

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

**III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:**

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

**d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquela fim, ou em obediência a determinação legal superior.**

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

**§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)**

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

**III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:** (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999** (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

d) **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.** (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017) (grifo nosso).

Observa-se, pois, que o militar que vier a cometer um homicídio intencionalmente (crime doloso contra a vida), por exemplo, no exercício de sua função constitucional ou legal, seja no contexto de uma Op GLO ou GVA, será processado e julgado perante a JMU.

Agora, se o mesmo militar vier a praticar o homicídio em questão contra civil, **fora do contexto da operação**, será processado e julgado pela Justiça comum (Tribunal do Júri).

O termo “fora do contexto da operação” abrange, também, a situação do militar que no cumprimento de uma operação de GVA vier a incorrer na prática de infração que não tenha qualquer nexo com o cumprimento do dever constitucional, legal ou regulamentar da operação.

Como exemplo, cito o caso de um 3º Sargento do EB empregado em operação de GVA que respondeu perante a Justiça Comum por tentativa de homicídio contra um civil durante a missão, por ocasião do 2º turno das Eleições de 2018 (GIRO, Portal.com.br).

No caso do citado militar, hipoteticamente, cometer o crime atendendo aos preceitos legais vigentes, ou seja, no contexto da operação de GVA, em legítima defesa, contra ataques diretos ou ameaças concretas à sua integridade física ou de outrem, segundo estipulado nas Regras de Engajamento específicas

da operação<sup>53</sup> (cf. BRASIL, Ministério da Defesa. *Manual de GLO*), será processado e julgado pela JMU, de acordo com o previsto na alínea “d” do inciso III do § 2º do art. 9º do CPM.

Já o civil que eventualmente vier a cometer um crime contra militar empregado em GLO ou GVA, será processado e julgado pela JMU, segundo inteligência do art. 9º, inciso III, alínea “d”, do CPM.

## **6 Questionamentos sobre a competência da JMU no STF**

Sobre o assunto, impende destacar no presente artigo duas ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF). Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 289 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.032.

A ADPF 289 tem como ponto crítico o questionamento quanto à competência da JMU para processar e julgar civis em tempo paz.

Impetrada pela Procuradoria-Geral da República, em 13/08/2013, questiona a constitucionalidade do art. 9º, incisos I e III, do CPM, que confere competência à Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz. A ação em tela requer que o STF conceda interpretação conforme a Constituição ao citado dispositivo, de modo que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e para que estes crimes sejam submetidos a julgamento pela justiça comum, federal ou estadual.

Ocorre que o Procurador-Geral da Justiça Militar manifestou-se nos autos sustentando restar prejudicado o pedido da ADPF 289 ante a alteração promovida pela Lei 13.774/2018 na Lei de Organização Judiciária da Justiça Militar da União (Lei 8.457/1992), que atribuiu competência aos Juízes Federais da Justiça Militar para processarem e julgarem monocraticamente os civis pela prática de crimes militares.

Com efeito, a alteração promovida pela Lei nº 13.774/18 evidenciou a preocupação do Superior Tribunal Militar em adequar seus julgamentos ao entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal quanto ao julgamento de civis pela Justiça Castrense.

Quanto à ADI 5.032, seu escopo gira em torno do questionamento acerca da competência da JMU para processar e julgar delitos ocorridos em sede de GLO.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada em 2013, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto o § 7º do art. 15 da Lei

---

<sup>53</sup> 3.2.4.3 Regras de Engajamento (RE) específicas deverão ser expedidas para cada operação e tipo de atuação visualizada, levando-se em consideração a necessidade de as ações serem realizadas de acordo com as orientações do escalão superior na observância dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade. Deve-se ter em mente, também: (...).

Complementar 97/99 com as redações conferidas pelas Leis Complementares 117/2004 e 136/2010, que, para fins de definição da competência da justiça militar, estabelecem como atividade militar o emprego e o preparo das FA na GLO.

Na ADI 5.032, o Procurador-Geral da República sustentou a inconstitucionalidade da transferência, à JMU, da competência para processar e julgar eventuais crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias acometidas às FA.

Com o objetivo de pedir a declaração de tal inconstitucionalidade material, foram apresentados como principais argumentos: a incompetência absoluta da Justiça Militar Federal para processar e julgar os crimes ocorridos em atividades típicas da segurança pública, pois esse auxílio prestado na segurança pública pelas instituições militares federais não constitui atividade militar típica.

Aduziu, ainda, que tal competência já fora rechaçada pela Comissão de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cujas conclusões teriam sido uníssonas no sentido de que deve vigorar o “princípio da especialidade” para a jurisdição militar, que deve ser restrita, excepcional e de competência funcional.

Sustentou que a ampliação demasiada da competência da Justiça Militar nos termos do dispositivo contido no artigo impugnado é incompatível com as seguintes normas de cunho constitucional: a) artigo 5º, *caput*, uma vez que estabelece “foro privilegiado” sem que o crime tenha relação com funções tipicamente militares; e b) artigo 5º, LIII, e artigo 124, pois tipifica como de natureza militar um delito que não se ancora na essência de crime militar para o âmbito da Justiça Castrense.

Contudo, oportuno aqui registrar nova manifestação da Procuradoria-Geral da República que, após alteração no comando da instituição, pugnou ao STF pela total improcedência dos pedidos formulados na ADI 5.032.

## **7 O emprego das Forças Armadas no Estado do Rio de Janeiro sob Intervenção Federal**

Não bastasse o já frequente emprego das FA na GLO nos últimos anos na área da segurança pública do País, devido a greves deflagradas pelas corporações militares estaduais e, principalmente, para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, no início do ano de 2018, decretou-se situação de Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública naquele ente federativo.

O Estado do Rio de Janeiro, particularmente sua capital, tem servido de palco para inúmeras operações de GLO. A violência urbana exacerbada e a ineficiência estatal para sua contenção, caracterizada pela falência institucional das forças policiais além de outros fatores de ordem econômico-social, têm dado ensejo à participação rotineira das FA na cidade do Rio de Janeiro.

O Rio de Janeiro é o Estado que mais teve operações de GLO visando à preservação da ordem pública. Cerca de 40% das operações realizadas na década passada foram no Rio: 17 das 44. Oito foram exclusivas ao Estado. Para se ter uma ideia da gravidade no campo da segurança pública naquele Estado, ativou-se uma Op GLO (Operação Furacão) na vigência da intervenção federal em 2018 (PODER 360, 2018).

Mesmo com o emprego de tropas em operações de pacificação do Governo estadual em diferentes comunidades do Rio de Janeiro, as ações visando reduzir os alarmantes índices de criminalidade na cidade carioca demonstraram-se inócuas, ensejando a elevação da condição do Estado à situação de extrema gravidade junto à área da segurança pública o que levou, por conseguinte, à decretação da intervenção federal para pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública.

Diante, pois, dessa singular intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, fato que se reveste de um certo ineditismo, uma vez que a última situação dessa natureza de que se tem notícia no Brasil ocorreu em meados de 1930, em plena vigência do Estado Novo no País, tem-se como oportuno tecer mais alguns comentários acerca desse peculiar instituto.

### **7.1 Principais aspectos jurídicos acerca da Intervenção Federal**

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, em sua obra *Curso de Direito Constitucional* (2014), o instituto da Intervenção Federal pode ser definido como “a cessação excepcional da autonomia política dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, com vistas ao restabelecimento do equilíbrio federativo”.

Nesse diapasão, a Constituição brasileira admite o excepcional afastamento da autonomia política, por meio da intervenção, de uma entidade política sobre outra, diante do interesse maior de preservação da própria unidade da Federação.

Logo, deve ficar muito bem pontuado que não existe intervenção praticada por município ou pelo Distrito Federal.

A União tem competência para intervir nos estados e no Distrito Federal. Em hipótese nenhuma a União intervirá em municípios localizados em estado-membro.

Os estados, por sua vez, são competentes unicamente para a intervenção nos municípios situados em seu território.

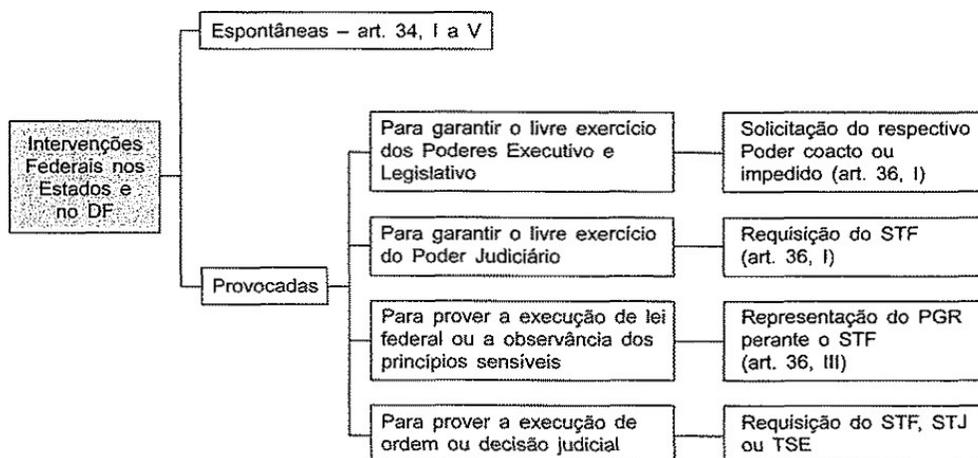
A intervenção – seja ela federal ou estadual – somente poderá efetivar-se nas **hipóteses taxativamente descritas na Constituição Federal**, porquanto representa medida patentemente excepcional, em virtude da autonomia política dos entes federados, cujo corolário é, como regra geral, o denominado princípio da não intervenção (arts. 34 e 35 da CF).

Quanto a este aspecto, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

O mecanismo de intervenção constitui instrumento essencial à viabilização do próprio sistema federativo, e, não obstante o caráter excepcional de sua utilização – necessariamente limitada às hipóteses taxativamente definidas na Carta Política –, mostra-se impregnado de múltiplas funções de ordem político-jurídica, destinadas: (a) a tornar efetiva a intangibilidade do vínculo federativo; (b) a fazer respeitar a integridade territorial das unidades federadas; (c) a promover a unidade do Estado Federal; e (d) a preservar incolumidade dos princípios fundamentais proclamados pela Constituição da República (STF, IF 591-9/ BA, Rel. Min. (Presidente) Celso de Mello, DJ, 1, de 1 6-9-1 998, p. 42).

Ademais, a decretação da intervenção é um **ato político**, executado sempre, exclusivamente, pelo Chefe do Poder Executivo (Presidente da República ou Governador de Estado).

A intervenção federal poderá efetivar-se de maneira espontânea (de ofício) ou provocada, como retratado no quadro esquemático abaixo:



Fonte: ESTUDO (2016)

## 7.2 Intervenção Federal e Op GLO

A situação excepcional de intervenção federal vivenciada no Estado do Rio de Janeiro traz à tona discussões acerca das recentes Op GLO capitaneadas

pelas FA nas áreas urbanas cariocas, suscitando alguns questionamentos, dentre os quais a situação de substituição ou não dessas operações pela Intervenção Federal.

Quanto a este aspecto, cumpre esclarecer que a Intervenção Federal não se confunde com a Op GLO realizada sucessivas vezes no Estado do Rio de Janeiro.

Embora coexistentes em 2018, a Op GLO não restou absorvida pelo decreto interventivo.

Assim, a situação de intervenção federal experimentada no Estado do Rio de Janeiro, embora contemple semelhanças com as Op GLO, não se caracteriza como tal.

O instituto da Intervenção Federal é medida de caráter extremo com viés político que afeta diretamente a autonomia do ente federativo cujo objetivo, à época, era fazer cessar situação de grave comprometimento da ordem pública.

É indubitável que algumas dificuldades existentes no contexto da Operação Furacão (Op GLO), por exemplo, foram contornadas após a decretação da intervenção federal.

A título de exemplo, barreiras ora existentes acerca do controle operacional dos OSP na GLO foram minoradas ou eliminadas por completo com o advento da intervenção federal, já que o interventor militar nomeado assumiu o comando das corporações militares estaduais, passando a ostentar verdadeiro *status* de “Governador do Estado” no que tange às questões afetas à área da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro.

Nota-se, pois, que a intervenção federal decretada no Estado do Rio de Janeiro em 2018 não fez cessar a operação de GLO iniciada previamente tendo, na verdade, a ela somado esforços, entretanto, com reflexos políticos de gestão, tudo isso visando arrefecer os graves problemas de segurança pública naquele ente federativo.

## **8 O emprego das Forças Armadas no Estado de Roraima no contexto da Operação Acolhida**

No ano de 2018, em razão de uma grave e generalizada crise na Venezuela, marcada por constantes violações de Direitos Humanos, o Brasil passou a ser território de refúgio de venezuelanos que foram compelidos a deixarem seu país de nacionalidade.

Embora existam rotas ilegais de entrada no território brasileiro na região de fronteira com a Venezuela, a cidade de Pacaraima, em Roraima, constitui-se no único ponto de entrada oficial entre os dois países.

Em razão do enorme fluxo de refugiados pela fronteira do Estado de Roraima, instalou-se uma verdadeira situação de crise humanitária naquele Estado.

Nessa conjuntura, por meio de decreto presidencial, em 28 de agosto de 2018, autorizou-se o emprego das FA na GLO em áreas específicas do Estado de Roraima.



Figura 6 – Procedimento de interiorização de imigrantes venezuelanos.

Fonte: (ACOLHIDA. Foto de Romério Cunha/VPR).

No presente capítulo, abordar-se-á de forma sucinta este peculiar tipo de emprego das FA, majoritariamente constituída pelo efetivo do EB, em situação que, inicialmente, tinha como propósito o apoio aos órgãos locais visando minorar situação de calamidade deflagrada em Roraima devido à intensa imigração de venezuelanos, mas que, após, com a escalada da crise e comprometimento da segurança pública estadual, passou-se para o emprego em GLO.

### **8.1 Operação Acolhida – Missão de caráter subsidiário**

O Estado de Roraima, particularmente o município de Pacaraima, enfrentou o desafio de receber um grande e crescente número de imigrantes venezuelanos que entraram no Brasil por suas fronteiras.

Com a intensa imigração, vários setores daquele Estado, de sua capital e de Pacaraima, cidade na fronteira entre Brasil e Venezuela e porta de entrada dos imigrantes, foram afetados. Em dois anos, o Estado abriu três abrigos. Todos são mantidos em parceria com ONGs, igrejas e o Acnur da ONU (GLOBO, 2018).

Tal situação levou o Estado de Roraima à decretação de situação de emergência na saúde devido ao grande número de atendimentos médicos prestados aos venezuelanos.

Paralelamente, o fluxo exacerbado de imigrantes no Estado ocasionou forte concentração de venezuelanos nos espaços públicos em condições desumanas.

Em consequência, o governo brasileiro, por meio da Medida Provisória nº 820/2018 (convertida na Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018) e dos Decretos nº 9.285 e 9.286/2018, resolveu empregar as FA para aliviar a situação de vulnerabilidade dos imigrantes venezuelanos.

Constitui-se, pois, a Força-Tarefa Logística Humanitária, verdadeiro instrumento de ação do Estado Brasileiro que se destina a apoiar, com pessoal, material e instalações, a organização das atividades necessárias ao acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária.

A operação, além de contar com o apoio do EB, também tem a participação efetiva da Força Aérea Brasileira, que, cumprindo o processo de interiorização dos imigrantes, realiza o transporte dos venezuelanos para outras cidades no país.

Vê-se, portanto, que o emprego das FA tem por finalidade a cooperação com a defesa civil do Estado de Roraima, na forma determinada pelo Presidente da República, conforme os ditames contidos nos normativos aqui já citados.

Estas ações, à maneira como destacado no subcapítulo 4.2. deste artigo, caracterizam-se, portanto, como missão subsidiária das FA de caráter geral uma vez que estão condicionadas à determinação do Presidente da República para que sejam implementadas.

Assim, a referida atuação tem como fundamento jurídico o art. 16 da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999.

## **8.2 Operação Acolhida no contexto de GLO**

Diante da insustentável situação, à época, de hostilização aos estrangeiros perpetrada por brasileiros em Roraima, com a expulsão de venezuelanos de barracas e abrigos e frequentes ataques com fogo a seus pertences, com o aumento da violência no município de Pacaraima após a entrada dos venezuelanos no país, o Presidente da República autorizou o emprego das FA em GLO na faixa de fronteira Norte e Leste e rodovias federais no Estado por um período limitado.

O decreto presidencial, publicado no Diário Oficial da União do dia 29 de agosto de 2018, conferiu poder de polícia às tropas federais para atuarem em atividades tipo polícia nas regiões delimitadas em Roraima.

Vê-se, portanto, que tropas das FA foram autorizadas a realizarem patrulhamento ostensivo, controle de trânsito, isolamento de áreas de interesse, escolta de comboios e cumprimento das missões atinentes à segurança nas áreas dos abrigos.

Destarte, evidencia-se, num primeiro instante, que a operação tinha um viés somente de apoio logístico-humanitário, com as FA exercendo atribuições de caráter subsidiário, de conformidade com o disposto no art. 16 da LC 97/99.

Após, a sua atuação passou a contar com poder de polícia mais amplo, adquirindo atribuições típicas dos OSP em virtude da decretação da GLO no Estado de Roraima.

### **9 Possíveis consequências decorrentes do emprego das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem**

Como se pôde observar no tópico sobre a legislação que rege as missões de GLO, a destinação constitucional das FA para o cumprimento desse tipo de operação dá-se de maneira eventual.

Contudo, devido às constantes situações de colapso da segurança pública nos vários Estados do país, tem-se empregado as FA em operações tipo polícia com bastante frequência.

O emprego das FA nessas hipóteses, ressalta-se, deve ser como último instrumento, após esgotadas todas as possibilidades de emprego dos OSP.

Nesse sentido, cabe às FA restabelecer a ordem e as condições para a volta da atuação dos OSP.

Não há dúvidas de que, por meio das constantes situações de emprego das FA em GLO, potencializam-se as possibilidades de desgaste da credibilidade da instituição junto à sociedade.

Com os militares federais atuando na GLO, aumentam-se os riscos de se sujeitarem a processos judiciais de toda ordem, uma vez que, devido às suas ações, estão expostos a uma série de situações.

A própria instituição, Forças Armadas, fica vulnerável a uma gama enorme de questionamentos perante autoridades locais, representantes dos órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e um considerável número de organizações, defensoras dos Direitos Humanos, por exemplo.

Uma das consequências pode ser o desgaste da imagem das FA, diante da expectativa que se cria e da continuidade do crime.

Em decorrência dos naturais confrontos com morte nessas operações, muitos são os argumentos de que os resultados não justificam os investimentos necessários para bancar o deslocamento e a manutenção nas cidades dos militares das FA.

Portanto, como já ressaltado, o emprego das FA em operações de GLO na preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio deve-se dar como último recurso, a fim de minorar as possibilidades de desgaste institucional.

## 10 Conclusão

Encontrando suas missões definidas na Constituição Federal de 1988, de forma geral para a defesa externa do Estado, cabendo aos órgãos definidos no art. 144 zelar pela segurança pública, evidenciou-se no presente artigo que as FA atuam, também, no ambiente interno em cumprimento à garantia dos poderes constitucionais ou da lei e da ordem.

Pôde-se observar que o ordenamento jurídico brasileiro oferece o devido amparo legal às FA para o cumprimento de Op GLO, existindo um cabedal de legislação aplicável no contexto dessas operações.

De modo breve e sucinto, observou-se o quão variáveis são as formas de atuação das FA, das quais hoje se destaca com considerável proeminência o seu emprego na segurança do pleito eleitoral que se aproxima.

A forma como as FA têm sido empregadas em Op GLO no Brasil, em algumas ocasiões, tem caracterizado o emprego prematuro da tropa, sem existirem as condicionantes previstas em lei, levando à banalização do emprego frequente e, por conseguinte, oferecendo uma ideia errada à sociedade sobre a atividade-fim das FA.

No decorrer deste artigo, pôde-se verificar que para cada tipo de emprego das FA há um correspondente enquadramento na legislação nacional, havendo semelhanças entre as diversas missões das quais participa.

Demonstrou-se que essa situação de similaridade entre as missões não nos possibilita considerar toda operação de natureza urbana como sendo de GLO.

Assim, observou-se que as operações de GLO sujeitam-se a algumas condicionantes legais como, por exemplo, o esgotamento dos OSP.

Também, evidenciou-se que o emprego das FA em operações de GVA, em área de fronteira e de forma subsidiária em apoio e cooperação com outras agências, não se traduz em missões de GLO havendo, porém, a possibilidade de evolução para uma atuação dessa natureza.

Dada a importância do assunto, enfatizou-se o emprego das FA no Estado do Rio de Janeiro sob o contexto de intervenção federal para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, sendo inegável que tal tipo de atuação colocou os militares das FA em situações de risco acentuado.

O emprego das FA sob o contexto de intervenção federal é situação que se revela inédita no país e que expõe a sua imagem institucional perante toda a sociedade.

Demonstrou-se, também, a atuação das FA no contexto da Operação Acolhida no Estado de Roraima, oportunidade em que se evidenciou uma de suas formas de emprego que, no exercício de sua atribuição subsidiária geral de apoio à Defesa Civil, traduz-se em claro exemplo da capilaridade e credibilidade institucional para socorrer situações emergenciais em qualquer local do território brasileiro.

Verificou-se, ao final, que esta operação, em particular, inicialmente voltada para propósitos humanitários, devido a graves implicações na área da segurança pública, passou a contar com poder de polícia mais amplo face à decretação de GLO em algumas áreas de Roraima.

### REFERÊNCIAS

ACOLHIDA, Operação. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/operacao-acolhida-governo-federal-investe-mais-de-r-630-milhoes-em-2020-para-promover-a-inclusao-de-refugiados>.

Acesso em: 21 mar. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520*: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001*. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3897.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3897.htm). Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Defesa. *Portaria Normativa nº 186/MD, de 31 de janeiro de 2014*. Dispõe sobre a publicação “Garantia da Lei e da Ordem”.

BRASIL. *Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999*. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm). Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Defesa. *Manual de Garantia da Lei e da Ordem*. MD33-M-10. 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Defesa, 2013.

BRASIL. Ministério da Defesa. *Manual de abreviaturas, siglas, símbolos e convenções cartográficas das Forças Armadas*. MD33-M-02. Brasília, DF: 3ª Edição/2008.

BRASIL. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Estado-Maior do Exército. *Manual de Fundamentos Doutrina Militar Terrestre – EB20-MF-10.102*. Brasília, 1ª Edição/2014.

BRASIL. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Comando de Operações Terrestres. *Manual de Campanha Operações – EB70-MC-10.223*. Brasília, 5ª Edição/2017.

CAVALCANTI, Ubyratan Guimarães. Múltiplos aspectos do emprego das Forças Armadas (FA) na garantia da lei e da ordem (GLO). Em pauta - *Revista da Escola de Guerra Naval*, Rio de Janeiro, n. 08, p. 38-39, 2006.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DA SILVA, Cláudio Alves. A Atuação das Forças Armadas na Garantia da Votação e da Apuração é uma Operação de Garantia da Lei e da Ordem? *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <https://calaudyo.jusbrasil.com.br/artigos/567517574/a-atuacao-das-forcas-armadas-na-garantia-da-votacao-e-da-apuracao-e-uma-operacao-de-garantia-da-lei-e-da-ordem>. Acesso em: 19 mar. 2022.

EB, OPERAÇÃO VERDE BRASIL II EM MARABÁ. Disponível em: <https://www.eb.mil.br/web/noticias/noticiario-do-exercito>. Acesso em: 21 mar. 2022.

FAB, ASAS QUE PROTEGEM O PAÍS. Disponível em: [https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/27703/ELIÇÕES 2016 - FAB conclui distribuição de urnas em 72 localidades de difícil acesso em RR, AC e AP](https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/27703/ELIÇÕES%202016%20-%20FAB%20conclui%20distribuição%20de%20urnas%20em%2072%20localidades%20de%20difícil%20acesso%20em%20RR,%20AC%20e%20AP). Acesso em: 19 mar. 2022.

GATTI, Capitão. *Tabela Poder de Polícia Operação Verde Brasil I e II 2019/2020*. Idealizada por Cap Gatti para auxiliar os Comandantes das OM empregadas no âmbito da 23ª Bda Inf Sl.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar Projetos de Pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIRO, Portal.com.br. Disponível em: <https://www.giroportal.com.br/noticias/1468-motivado-por-ciumes-sargento-do-exercito-atira-em-homem-no-crepurizacao-em-itaituba>. Acesso em: 21 mar. 2022.

GLOBO, G1 Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/temer-assina-decreto-que-autoriza-forcas-armadas-a-atuarem-na-seguranca-publica-do-rio.ghtml>. Acesso em 13 mar. 2022.

GLOBO. G1 Roraima. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/roraima-decreta-situacao-de-emergencia-diante-de-intensa-imigracao-de-venezuelanos.ghtml>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MALHOTRA, Naresh K. *Pesquisa de Marketing*. 3.ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

NAVAL, 6º Distrito, *Forças Armadas intensificam repressão ao crime na fronteira oeste do país*. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/com6dn/Forcas-Armadas-Repressao-ao-Crime-na-Fronteira>. Acesso em 21 mar. 2022.

NEVES, Eduardo Borba, DOMINGUES, Clayton Amaral. *Manual de Metodologia da Pesquisa Científica* / org. Rio de Janeiro: EB/CEP, 2007. 204p.

PODER 360. Rio é o Estado que mais usou a Garantia da Lei e da Ordem na década. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/rio-de-janeiro-e-estado-com-mais-glos-na-decada/>. Acesso em: 12 mar. 2022.

RODRIGUES, Maria das Graças Villela; MADEIRA, José Fernando Chagas; SANTOS, Luiz Eduardo Possídio; DOMINGUES, Clayton Amaral. *Metodologia da Pesquisa: elaboração de projetos, trabalhos acadêmicos e dissertações em ciências militares*. 3. ed. Rio de Janeiro: EsAO, 2006.

WIKIPÉDIA. *Intervenção Federal no Rio de Janeiro em 2018*. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Interven%C3%A7%C3%A3o\\_federal\\_no\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_em\\_2018](https://pt.wikipedia.org/wiki/Interven%C3%A7%C3%A3o_federal_no_Rio_de_Janeiro_em_2018). Acesso em: 12 mar. 2022.

---

**GLOSSÁRIO**

<b>ACNUR</b>	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
<b>AGU</b>	Advocacia Geral da União
<b>APFD</b>	Auto de Prisão em Flagrante Delito
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CPM</b>	Código Penal Militar
<b>EB</b>	Exército Brasileiro
<b>FA</b>	Forças Armadas
<b>FAB</b>	Força Aérea Brasileira
<b>GLO</b>	Garantia da Lei e da Ordem
<b>GU</b>	Grande Unidade
<b>GVA</b>	Garantia da Votação e Apuração
<b>IBAMA</b>	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais
<b>ICMBio</b>	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
<b>JMU</b>	Justiça Militar da União
<b>LC</b>	Lei Complementar
<b>ONGs</b>	Organizações Não Governamentais
<b>Op GLO</b>	Operação de Garantia da Lei e da Ordem
<b>OSP</b>	Órgãos de Segurança Pública
<b>PM</b>	Polícia Militar
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>TRE</b>	Tribunal Regional Eleitoral
<b>TSE</b>	Tribunal Superior Eleitoral
<b>23ª Bda Inf SI</b>	23ª Brigada de Infantaria de Selva

**Nota sobre o autor**

Cap QCO Reynaldo Rispoli Gatti

Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro – Pós-graduado em Aplicações Complementares às Ciências Militares – Especialista em Aperfeiçoamento em Conhecimentos Militares (EsAO) – Pós-graduado em Ciências Penais.

# OS REFLEXOS DO TRIBUNAL MILITAR DE NUREMBERG NA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL E HUMANITÁRIA PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

ROANA DE BRITO RANGEL GUERRA

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O Cenário Jurídico-Penal Internacional pré-Segunda Guerra Mundial; 2.1 Breve passagem pelo mundo jurídico-penal humanitário antes da Segunda Grande Guerra: Inexistência de Leis Penais Internacionais e Leis de Proteção aos Direitos Humanitários; 2.2 O desencadeamento da Segunda Grande Guerra e a ausência de diretrizes jurídico-penais internacionais durante o conflito; 3 O fim da Segunda Guerra Mundial e o Tribunal Militar de Nuremberg; 3.1 Dos Fatores Determinantes e Contributivos para a Criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; 3.2 O Tribunal de Nuremberg no Banco dos Réus: Absolvição ou Condenação; 4 Os Reflexos Positivos dos Julgamentos de Nuremberg na Seara Jurídico-Penal Internacional e Humanitária; 4.1 A Criação do Tribunal Internacional Penal; 4.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos como Instrumento Jurídico-Penal Humanitário; 5 Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Em meio ao cenário de tensão bélica em que a Europa atualmente se encontra, após o último 24 de fevereiro 2022, com a invasão das tropas militares russas na Ucrânia, o artigo em apreço propõe-se a fazer uma análise crítico-positiva a respeito do Tribunal Militar de Nuremberg e suas influências na Justiça Penal Internacional e Humanitária pós-Segunda Guerra Mundial, partindo do pressuposto comparativo de como era a noção de um Direito Penal Internacional pré e pós o conflito bélico.

Inicialmente, parte-se do contexto histórico pré-guerra, quando inexistiam políticas de justiça penal internacional e de direitos humanos aplicáveis às grandes potências mundiais à época, como: Estados Unidos, Itália, União Soviética (atual Rússia), Japão, Alemanha e Reino Unido.

No decorrer, então, será analisada especificamente a importância genuína que teve o primeiro Tribunal Penal Internacional, conhecido como o Tribunal Militar de Nuremberg, criado após a Segunda Grande Guerra, no intuito de dirimir as demandas criminais acarretadas pelo conflito global e, por

fim, julgar as atrocidades cometidas pelos líderes nazistas à população judaica, homossexual e negra.

Num segundo momento, além de serem destacados os aspectos contributivos deste tribunal para a prevenção e repressão de crimes contra a paz, crimes de guerra, contra a humanidade e de conspiração com o fito de cometer crimes, ressaltar-se-á sua importância e relevância para a construção da justiça penal internacional e a afirmação dos ideais de um direito penal humanitário que, à época, eram ausentes.

A presente produção acadêmica tem por base o estudo por meio de pesquisas bibliográficas sobre os temas propostos, a fim de estabelecer um entendimento centralizado das razões fáticas que tornam o Tribunal de Nuremberg um marco histórico-positivo para a criação de mecanismos que promovam a ordem jurídico-penal internacional.

Dados os relatos supramencionados, cumpre dizer que a Segunda Guerra Mundial e o Tribunal Militar de Nuremberg serviram como um divisor de águas para o Direito Penal Internacional e Humanitário, vez que ocasionou a necessidade de se criar um arcabouço jurídico-penal global aplicável a criminosos internacionais, assim como diretrizes de proteção aos direitos inerentes à toda pessoa humana.

## **2 O CENÁRIO JURÍDICO-PENAL INTERNACIONAL PRÉ-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL**

### **2.1 Breve passagem pelo mundo jurídico-penal humanitário antes da Segunda Grande Guerra: Inexistência de Leis Penais Internacionais e Leis de Proteção aos Direitos Humanitários**

Antes da Segunda Guerra Mundial e do Tribunal Militar de Nuremberg, não havia a noção de políticas criminais humanitárias que visassem à proteção do ser humano, tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra, muito menos regras de proteção da dignidade inerente a qualquer ser humano, mesmo diante de um cenário mundial egresso de uma Primeira Grande Guerra Global em pleno século XX.

Como supostamente não havia ainda a ideia de crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes desencadeados pela rejeição de raça/cor/sexo, não se falava em um Direito Penal Internacional e, menos ainda, em Direitos Humanitários.

“O continente europeu era dominado pelas questões econômicas e pelos regimes nacionalistas, a rivalidade entre os países era constante e perigosa, o que ocasionou a instabilidade político-jurídica e desencadeou,

posteriormente, a Segunda Grande Guerra”, como bem narra Luiz de Alencar Araripe (2013, p. 332), militar e historiador de guerra, membro do Conselho Editorial da Biblioteca do Exército e do Instituto de Geografia e História Militar do Brasil.

Inexistiam leis penais internacionais norteadoras para tipificar, julgar e punir criminosos de guerra ou agentes perpetuadores de delitos globais. Desse mesmo modo, era impossível a ideologia de leis humanitárias de proteção e combate à discriminação do ser humano devido à sua raça, cor, religião ou sexo. O mundo era revestido de regimes totalitários e de degradação da raça humana.

Era nítida a necessidade de uma estrutura jurídica que tratasse dos assuntos criminais em ordem mundial e que fosse competente para dirigir, aplicar e julgar sanções globais de maneira justa e eficaz, a fim de produzir uma justiça penal internacional, ou seja, era preciso a criação do Direito Penal Internacional.

Esse era o cenário catastrófico em que o mundo estava inserido no século XX e que só viria a piorar nos anos seguintes (a partir de 1933), com a explosão da Segunda Guerra Mundial.

## **2.2 O desencadeamento da Segunda Grande Guerra e a ausência de diretrizes jurídico-penais internacionais durante o conflito**

Era a década de 1930 e o mundo, egresso há 20 anos de um Primeiro Conflito Bélico Mundial, estava prestes a ingressar num outro e mais severo: A Segunda Guerra Mundial. E, em janeiro de 1933, como bem definiu o advogado brasileiro Marcos Rafael Zocoler (2013, p. 01), em seu artigo sobre o Tribunal Militar Internacional para a Alemanha, o terror estava a se instalar no mundo, de novo:

Em 30 de janeiro de 1933, após uma série de vitórias eleitorais e artimanhas políticas, Adolf Hitler, líder do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães – Partido Nazista – foi nomeado chanceler do Reich Alemão, nome oficial da então república federal da Alemanha (mais conhecida como “República de Weimar”). Durante os seis anos e meios seguintes, Hitler transformou uma Alemanha fraca e humilhada pelos vencedores da Primeira Guerra Mundial (Reino Unido e França, principalmente) numa potência econômica e militar, bem como num Estado Totalitário, onde ele, na condição de líder supremo (o Führer), tinha o poder total sobre tudo e todos. Em 1º de setembro de 1939, Hitler deu início, com a invasão à Polônia, à Segunda Guerra Mundial, que levou à morte 50 a 70 milhões de pessoas.

A Segunda Grande Guerra veio a findar-se em 08 de maio de 1945, com a derrota das Forças Armadas Alemãs pelos Aliados (Reino Unido, Estados Unidos, França e União Soviética), contudo as tropas nazistas exterminaram milhões de pessoas pelo mundo e estabeleceram uma diretriz de genocídio à todas as raças contrárias à raça ariana, sobretudo houve a submissão do ser humano aos tratamentos degradantes e de tortura, à miserabilidade e destruição em massa da dignidade da pessoa humana.

Uma verdadeira junção de fatores políticos, econômicos e jurídicos influenciaram o desencadear do conflito bélico, mas, à época, por não haver uma política penal internacional e um direito que regesse esse segmento, o ordenamento jurídico alemão permitia a eliminação e destruição de toda e qualquer raça em cujas veias não corresse o sangue ariano.

A Carta constitucional da Alemanha era baseada no regime excessivamente totalitário e preconizava o autoritarismo dos líderes e a supremacia alemã. Por isso, para os líderes nazistas, o extermínio das raças não arianas era uma missão a ser executada. E não havia nenhuma legislação internacional que acusasse o contrário.

### **3 O FIM DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O TRIBUNAL MILITAR DE NUREMBERG**

#### **3.1 Dos Fatores Determinantes e Contributivos para a Criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**

A permissão constitucional da Alemanha para suspender direitos fundamentais de seus cidadãos, implementar a segregação racial ariana, exterminar as raças contrárias e utilizar-se do regime totalitário com a finalidade de dominar o mundo podem ser elencados como alguns dos fatores determinantes e contributivos para a criação do Tribunal Militar de Nuremberger.

Somam-se a esses fatores a ausência de leis internacionais penais que prevenissem e coibissem a atuação dos regimes de dominância totalitária na Europa e, conseqüentemente, no resto do mundo, juntando ainda a inexistência de programas e normas jurídicas que protegessem o ser humano e a população mundial da atuação dos Estados Autoritários e zelassem pela manutenção, em qualquer caso, da dignidade e moral humanas.

Dado o findar da guerra (como veremos melhor no tópico a seguir) e a devastação que assolava o mundo pela segunda vez, nesta vez, muito mais severa e genocida, não se podia permitir que Adolf Hitler e seus comparsas

nazistas ficassem sem retribuição penal pelos diversos delitos praticados contra a humanidade.

O medo de que um novo extermínio humano assolasse o mundo e o receio da impunidade dos militares nazistas alicerçaram também a criação do Tribunal de Nuremberg. Pois não se podia conviver com a ideia de que fosse possível a humanidade passar novamente pelo horror nazista. O mundo não sobreviveria se esses fatos fossem repetidos, como preceitua NEVES (2010, p. 107).

### **3.2 O Tribunal de Nuremberg no Banco dos Réus: Absolvição ou Condenação**

Em 1945, os países Aliados já haviam dominado os países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) e começaram a invadir a capital da Alemanha, Berlim, com o intuito de finalizar a Guerra e capturar o chanceler nazista, Hitler. Como o líder nazista cometeu suicídio antes de ser levado à justiça, restou capturar seus subordinados, que contribuíram com as atrocidades contra a humanidade.

Assim, os Aliados localizaram vários líderes nazistas, entre os quais *Hermann Goering, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp, Karl Donitz, Erich Raeder, Baldur Von Schirach, Fritz Saukel, Alfred Jodl, Martin Borman, Franz Von Papen, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin Von Neurath e Hans Fritzsche.*

Os integrantes dos países Aliados, em agosto de 1945, na cidade de Londres, assinaram um acordo que criava o método punitivo dos líderes nazistas, o Tribunal Militar Internacional, e determinaram as regras a serem seguidas no julgamento dos acusados, uma junção do direito americano e europeu.

Todos os chefes nazistas citados foram condenados em um júri formado pelas nações vencedoras da guerra, realizado na cidade de Nuremberg, na Alemanha. O Tribunal de Nuremberg teve início em agosto de 1945, e teve fim em outubro de 1946, com a absolvição de três dos líderes processados, que foram: **Schacht, Papen e Fritzsche** (Lucio Correia Cassilla, 2009, p. 23).

Três foram condenados à prisão perpétua: **Hess, Funk e Raeder**. Dois foram condenados a 20 anos de prisão: **Schirach e Speer**. **Neurath** foi condenado a 15 anos, e **Donitz**, a 10 anos de prisão. O restante dos acusados foram sentenciados com a morte na forca. Os condenados à morte na forca foram executados no dia 16 de outubro de 1946, com a exceção de Hermann Goering, que se suicidou na prisão no dia antecedente à execução (Lucio Correia Cassilla, 2009, p. 25).

O Tribunal Militar de Nuremberg é considerado a principal afirmação dos princípios que ultrapassaram barreiras nacionais no âmbito penal e que trouxeram à tona os valores da dignidade da pessoa humana e da valorização do indivíduo como sujeito de direitos. Além disso, trouxe para o âmbito penal internacional a responsabilização humana por atos praticados contra a defesa dos direitos humanitários.

Nuremberg trouxe um novo sistema jurídico internacional penal, que objetivou proteger a humanidade de novas violações humanitárias. Quanto a isso, expõe Joanisval:

Com Nuremberg, tipificaram-se novos grandes delitos internacionais, crimes contra a humanidade e crimes contra a paz. Consolidaram-se os encargos conhecidos como crimes de guerra e o crime de agressão. Após Nuremberg, não se poderia mais aguentar a ausência de normas internacionais ou de precedentes para absolver grandes criminosos. (GONÇALVES, 2001, p. 189-190).

Muitas das Convenções referentes a temas de Direito Internacional Penal ou Direito Humanitário que se seguiram pelas décadas do pós II Guerra reproduziram o texto do Estatuto de Nuremberg. O próprio Estatuto de Roma (1998), que instituiu o Tribunal Penal Internacional, teve como parâmetro o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Daí o porquê da atualidade do Julgamento de Nuremberg e das ideias discutidas no Tribunal Militar Internacional. (GONÇALVES, 2001, p. 303).

O artigo 6º do Acordo de Londres (Tribunal Militar de Nuremberg) tipificou os crimes de competência do Tribunal, de maneira posterior, sendo eles, pela primeira vez na história mundial, descritos como: Conspiração; Crimes contra a paz; Crimes de guerra; Crimes contra a humanidade.

Fazia parte do Acordo também que cada uma das nações Aliadas forneceria um juiz e uma equipe de promotores para o Julgamento. Simultaneamente ao Julgamento eram realizadas traduções nos idiomas inglês, francês, alemão e russo. Os indiciamentos foram feitos individualmente para cada acusado como também em conjunto pelas condutas praticadas conjuntamente como oficiais das forças armadas alemãs, como diz Gonçalves (2001, p. 306).

Era imprescindível para o Tribunal de Nuremberg que os réus tivessem defesa constituída por advogados à sua escolha e no julgamento havia a participação de várias pessoas da população e representantes de vinte e três países.

O conjunto probatório que fundamentou as decisões condenatórias aos acusados revelaram uma boa parte de tudo o que, na atualidade, sabemos

sobre o Holocausto, como as câmaras de gás utilizadas para exterminar os judeus em massa, os fuzilamentos ocorridos em Varsóvia, funcionamento das máquinas de morte de Auschwitz, o lançamento das vítimas nuas às margens do Rio Danúbio, em Budapeste, entre outras atrocidades cometidas.

Em que pese o Tribunal de Nuremberg receber também algumas críticas por ter sido considerado um tribunal de exceção, observa-se neste contexto a sua contribuição positiva para o sistema penal internacional e a sua condição de marco histórico universal para com a punição de agentes que atentem contra a vida humana e os direitos inerentes ao ser humano, não importando sua raça, cor, sexo ou qualquer outro tipo de segregação.

O Tribunal Militar procurou seguir os parâmetros mais justos possíveis e julgou com equidade até mesmo aqueles que da equidade, da justiça e da humanidade não fizeram nenhum caso, por atos praticados contra a defesa dos direitos humanitários.

## **4 OS REFLEXOS POSITIVOS DOS JULGAMENTOS DE NUREMBERG NA SEARA JURÍDICO-PENAL INTERNACIONAL E HUMANITÁRIA**

### **4.1 A Criação do Tribunal Penal Internacional (TPI)**

Um dos principais e mais importantes reflexos positivos originários a partir do Tribunal Militar de Nuremberg, indubitavelmente, é o Tribunal Penal Internacional. O órgão jurisdicional possui competência para julgar os crimes objeto do Direito Penal Internacional. Um órgão que lida com os delitos em caráter internacional, praticados por Estados Soberanos através de seus representantes executivos (JAPIASSU, 2004, p. 57).

O Tribunal Penal Internacional, afirma Neves (2010, p. 145), é essa instituição permanente, que seria imprescindível após a segunda guerra mundial, haja vista que é responsável pelo julgamento e investigação dos crimes de maior gravidade com o alcance internacional, assim como os crimes que atentem e violem o Direito Humanitário, tais como: crimes de guerra, de agressão, crimes contra a humanidade ou de genocídio.

Com base nas informações do autor, resta muito mais evidente que a criação do TPI e a abrangência dos tipos penais ilícitos são derivadas e inerentes do Tribunal Militar de Nuremberg, que trouxe ao mundo pela primeira vez uma ideia de política de justiça penal internacional e de ilícitos penais internacionais, seja na esfera do Direito Penal ou do Direito Humanitário.

Nesse norte, clara fica a ideia de que o ser humano só passou a ser visto como um sujeito de direitos e de proteção por parte do Estado após o conflito

bélico de 1939-1945. A partir deste cenário mundial foi que os estudiosos e juristas despertaram para a necessidade de incluir o indivíduo na sociedade e conferir-lhe personalidade jurídica internacional.

Como bem assevera Ricardo Benevenuti Santolini (2015, p. 01), o Tribunal Penal Internacional foi estabelecido em 2002, em Haia, países Baixos, local de sua atual sede, conforme estabelece o artigo 3º do Estatuto de Roma. Seu nascimento foi uma seta de direção em busca da universalidade dos Direitos Humanos e do respeito ao Direito Penal Internacional.

O TPI é uma corte de justiça de última instância e abrange cento e seis países-membros. A Corte não tomará posição em um caso se este estiver sendo ainda julgado pelo sistema jurídico nacional do indivíduo, excetuando se esse sistema judicial for eivado de ilegalidades e de diretrizes que visem burlar a lei e as responsabilidades criminais dos acusados.

Não é órgão integrante da Organização das Nações Unidas (ONU), mas participa de forma cooperativa com ela. É composto por quatro órgãos: a Presidência, as Divisões Judiciais, o Escritório do Promotor e o Secretariado (JAPIASSÚ, 2004, p. 157).

A Presidência é responsável pela administração geral do TPI. Composta por três juízes do Tribunal, eleitos para cargos por seus pares, para um mandato de três anos. As Divisões Judiciais abarcam dezoito juízes distribuídos na Divisão Pré-Julgamento, na Divisão de Julgamentos e na Divisão de Apelações.

Os juízes destas divisões são responsáveis pela condução dos procedimentos do TPI. Cada juiz é eleito baseado em uma combinação de conhecimentos e experiências no direito penal e internacional (JAPIASSÚ, 2004, p. 159).

O Escritório do Promotor recebe as referências e informações substanciais a respeito dos crimes inerentes à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Avalia e investiga o prosseguimento ou não dos casos perante o Tribunal.

O Secretariado, por fim, é responsável por todos os aspectos não jurídicos da administração do Tribunal. Ele é chefiado pelo Secretário, que é o principal oficial administrativo do TPI e exerce suas funções sob a autoridade do Presidente do Tribunal, como explicou Benigno Nuñez Novo, advogado e doutor em direito internacional pela *Universidad Autónoma de Asunción*.

Assim como foi no Tribunal Militar de Nuremberg, no TPI não se julgam os Estados, mas os indivíduos que praticam os delitos de competência julgadora

do Tribunal. Isto inclui tanto os autores responsáveis diretamente quanto aqueles que de forma indireta contribuem para a manutenção da desordem jurídica.

O Tribunal só exerce sua jurisdição se o réu for parte de Estado-membro, se o crime tiver sido praticado em território de Estado que aceite a jurisdição do TP, se o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas tiver apresentado a situação ao Promotor e se o crime tiver sido praticado após 1º de julho de 2002.

O Tribunal Penal Internacional traz consigo também alguns princípios que foram originados da criação do Tribunal de Nuremberg, como: A Primazia da Jurisdição Internacional, que visa reestabelecer a paz mundial; A Subsidiariedade, em que o TPI só atua em segundo plano, devido à omissão da justiça nacional; A Inerência, que confere ao TPI autonomia para iniciar os julgamentos sem necessidade de autorização dos Estados; A Prevalência dos Direitos Humanitários nas relações internacionais.

Este último princípio merece destaque, pois alicerça também a criação da Declaração dos Direitos Humanos e a proteção da dignidade inerente à pessoa humana. Dentro do TPI, este princípio assegura o caminho pelo qual o Tribunal deverá exercer suas competências jurisdicionais em conformidade também com as constituições dos Estados-membros, visando à proteção primária dos direitos humanitários acima de interesses políticos ou outros quaisquer.

Em suma, enxergamos na existência do Tribunal Penal Internacional uma influência genuína advinda do mundo pós-Segunda Guerra Mundial e dos ditames e normas jurídicas estabelecidas e criadas mediante o Tribunal Militar de Nuremberg. De fato, não se pode negar o fator positivo inspirador que este Tribunal trouxe àquele.

#### **4.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos como Instrumento Jurídico-Penal Humanitário**

Como já vimos, neste diapasão do mundo pré e durante a 2ª Grande Guerra, a ideia de direitos humanitários, de proteção à dignidade da pessoa humana, de proteção do valor da vida humana e da inserção do ser humano como um sujeito de direitos e deveres na sociedade internacional eram completamente ausentes.

Apenas com o fim do conflito bélico na década de 1940 e a necessidade de se impedir que as práticas totalitárias acabassem novamente com a vida humana e extirpassem no futuro milhões e milhões de pessoas,

foi que se lançou a primariedade das ideias relacionadas às políticas de proteção dos direitos humanos e de uma justiça penal humanitária.

Ante as ausências legislativa de proteção ao ser humano e de um direito penal internacional, quando levados ao Tribunal de Nuremberg, os líderes nazistas e comparsas de Hitler estavam a questionar o motivo pelo qual estavam sendo levados a julgamento, já que, perante a legislação alemã, os atos praticados contra a humanidade eram patriotas e visavam proteger o Estado Totalitário dos inimigos.

Para eles, não havia existido nenhum tipo de crime e o extermínio dos judeus, dos negros e dos homossexuais era um dever perante o governo alemão e até uma proteção política do país. Não havia também a noção de igualdade racial mundial e a política da época era baseada na economia das potências globais e manutenção e expansão destas.

Somente após a condenação dos réus e líderes do nazismo, é que se criou a Organização das Nações Unidas (ONU), com o intuito de normalizar o mundo pós-guerra. Daí a ONU, em 1948, promoveu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma lei universal, falando dos direitos da pessoa, colocando igualdade entre elas, sem distinção de raça, cor cultura ou gênero.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma norma fundamental para a história mundial, pois, na época da 2ª Guerra Mundial, os judeus não tinham nenhuma lei ou norma que protegesse seu direito de viver livre em sociedade, sem sofrer discriminação por conta da raça. Não havia proteção dos direitos dos cidadãos nem respeito às diferenças sociais, como preconiza Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2005, p. 13).

A intenção da ONU em promover esta declaração universal foi proteger a dimensão moral, cultural e social do ser humano. Foi criar um mecanismo de defesa dos direitos humanitários e determinar que, em caso de descumprimento dessas proteções sociais, os autores fossem punidos em conformidade com leis penais internacionais humanitárias.

Veio assim a Declaração dos Direitos Humanos a instituir uma troca de valores sociais mundiais; passou-se a valorar o Direito Humanitário em detrimento ao Direito de Guerra.

Destaque-se, sobre este assunto, o depoimento de Henry King, um dos promotores do Julgamento de Nuremberg: “em certo sentido, o Tribunal de Nuremberg marcou a chegada do direito penal internacional como uma força a ser reconhecida em nosso planeta” (*Museu Memorial do Holocausto dos Estados Unidos/Tribunal Internacional Militar de Nuremberg*, 1946, p. 02).

Ainda nesse sentido, convém destacar o testemunho de um dos investigadores e interrogadores que lidou diretamente com os líderes nazistas, John Dolibois:

Minha função era classificar as informações recebidas para auxiliar a equipe de acusação a desenvolver um caso jurídico que iria ao Grande Júri. Um crime foi cometido contra a humanidade e agora essa pessoa que o cometeu será julgada por ele. Eu fazia vários interrogatórios, meu papel inicial era conhecer os prisioneiros, seus caracteres, suas personalidades. A crueldade estava estampada em muitos rostos e, ainda assim, era necessário submetê-los a julgamentos justos e humanos, fazendo com eles o que eles não fizeram aos judeus: dar-lhes dignidade. (*Museu Memorial do Holocausto dos Estados Unidos/Tribunal Internacional Militar de Nuremberg*, 1946, p. 05).

Vê-se que, mesmo para julgar os representantes do governo nazista, procurou-se estabelecer um direito penal internacional justo e eficaz, que condenasse os acusados de guerra, mas que concedesse a eles um julgamento com os direitos penais e humanitários fidedignos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O pós-Segunda Guerra Mundial foi um marco para o Direito Penal Internacional em vários quesitos, pois culminou na elaboração de leis penais internacionais, de prevenção dos crimes de racismo, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de abuso de autoridade e de regimes totalitários, de condenação justa para os autores dos delitos penais internacionais, assim como dos penais humanitários.

A inexistência de um Poder Judiciário Penal com jurisdição sobre toda a comunidade internacional fez do Tribunal Militar de Nuremberg o barril de soluções adequadas às lacunas e controvérsias existentes à época e, na atualidade, tornou-se um marco para a justiça penal internacional e para o direito humanitário.

A premissa que fundamenta o Direito Penal Internacional é reflexo contributivo do Tribunal de Nuremberg, pois reconheceu os direitos fundamentais do ser humano e passou a promover a proteção intensificada da dignidade da pessoa humana e dos direitos intrínsecos à vida humana.

Mesmo na época da guerra, não existindo o conceito de crimes contra a humanidade e de reconhecimento dos crimes de guerra e de conspiração, o Tribunal Militar conseguiu originar um sistema jurídico-penal internacional e valorar os direitos humanos como um estandarte da justiça penal e humanitária.

Depois do cenário bélico e da condenação eficaz dos algozes nazistas, surgiu a ideia de direitos individuais em sociedade, assim como a necessidade de se estabelecer um limite da soberania dos Estados.

Nuremberg colocou fim à ideia de que a guerra era a alternativa viável de resolução de conflitos e dissabores mundiais e desencadeou o mister de um direito penal internacional funcional e de políticas de justiça penais que trouxessem à população mundial uma segurança jurídica concreta.

Positivamente enxergamos o Tribunal Militar de Nuremberg como uma fusão benéfica entre a noção de Direito Penal Internacional e a noção de Direito Humanitário. Esse Tribunal não é apenas um documento da história humana, mas configura-se como sendo o estopim da jurisdição penal internacional com a finalidade de julgar justamente os crimes graves mundialmente cometidos, sem levar, entretanto, a vingança como bandeira.

A visão crítico-positiva que fica de toda a análise do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e suas nuances é que, depois dele, foi instituído no mundo um novo sistema Jurídico-Penal Internacional, preconizando a defesa da condição humana e servindo de raiz para o Direito Humanitário Internacional e a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARARIPE, Luiz de Alencar. *Primeira Guerra Mundial*. In: MAGNOLI, Demetrio (org). *História das Guerras*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 332.

CASSILLA, Lucio Correia. *Julgamento de Nuremberg e o Direito Internacional* Artigo Jurídico, Poços de Caldas – MG: 23 nov. 2009. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5465/Julgamento-de-Nuremberg>. Acesso em: 5 nov. 2020.

CELESTINO, Tamires de Souza. *O Tribunal de Nuremberg* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 5 nov. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/24054/o-tribunal-de-nuremberg>. Acesso em: 5 nov. 2020.

DINSTEIN, Yoran. *Guerra, agressão e legítima defesa*. Tradução Mauro Raposo de Mello. São Paulo: Manole, 2004.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 169.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Tribunal de Nuremberg*. Minas Gerais: Mandamentos, 2002.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Infoescola Navegando e Aprendendo. Disponível em: <http://www.infoescola.com/historia/julgamento-de-nuremberg/>. Atualizado em: 18 jul. 2008. Acesso em: 25 nov. 2020.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINEZ, Jose Augustin. *Delicuencia Política Internacional*. Madrid, 1953.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Museu Memorial do Holocausto dos Estados Unidos. “Introdução ao Holocausto.” Enciclopédia do Holocausto. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/introduction-to-the-holocaust>. Acesso em: 13 dez. 2020.

Museu Memorial do Holocausto dos Estados Unidos. “Tribunal Internacional Militar de Nuremberg.” Enciclopédia do Holocausto. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/international-military-tribunal-at-nuremberg>. Acesso em: 13 dez. 2020.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOLINI, Ricardo Benevenuti. *A Importância do Tribunal de Nuremberg nos dias atuais* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 5 nov. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16585/a-importancia-do-tribunal-de-nuremberg-nos-dias-atuais>. Acesso em: 5 nov. 2020.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Wikipedia, a Enciclopédia Livre. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Julgamentos\\_de\\_Nuremberg](http://pt.wikipedia.org/wiki/Julgamentos_de_Nuremberg). Acesso em: 25 nov. 2020.

ZOCOLER, Marcos Rafael. O Tribunal Militar Internacional para a Alemanha – Tribunal de Nuremberg: seu caráter de exceção e o princípio da legalidade. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3766, 23 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25599>. Acesso em: 15 dez. 2020.

---

# **LINHÃO DE TUCURUÍ - UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE FINALIZAÇÃO DA OBRA DE INTERLIGAÇÃO ENERGÉTICA**

## ***LINHÃO DE TUCURUÍ – INSIGHTS TO COMPLETE THE ENERGY INTERCONNECTION WORK***

**FLÁVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS**

Juiz de Direito – Doutorando em Direito pela FADISP – Professor universitário

**GINA VIDAL MARCÍLIO POMPEU**

Coordenadora do Mestrado e Doutorado em Direito e professora de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar alguns problemas que envolvem a obra do Linhão de Tucuruí, bem como os impactos do seu desenvolvimento da Região Amazônica, em especial a sua finalização com a chegada ao Estado de Roraima, fazendo com que os cidadãos desse ente federativo tenham acesso ao fornecimento de energia. Atualmente, Roraima não recebe energia elétrica oriunda do sistema brasileiro; ela é originária da Venezuela, país que, segundo consta nos noticiários, encontra-se em uma profunda crise política e administrativa. Isso reflete de forma efetiva para o povo roraimense, que sofre diariamente com a falta de energia, trazendo problemas à vida cotidiana da população. Partindo de uma audiência pública realizada em Manaus, na Assembleia Legislativa, esta pesquisa tem como base a experiência vivida naquele Estado e as investigações documentais sobre o tema. Visa-se assim descrever de forma objetiva a necessidade de conclusão da obra para garantir ao povo roraimense a dignidade de acesso à energia, ressaltando os problemas advindos da ausência de tão necessário bem. O resultado elucida sobre a importância de todos os seres humanos precisarem viver dignamente e sobre como a ausência de energia elétrica, enquanto direito de primeira necessidade, causa graves lesões ao Estado de Roraima.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de acesso à energia elétrica; direito fundamental; dignidade humana; crescimento e desenvolvimento humano; povos tradicionais; Linhão de Tucuruí.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze some problems involving the work of the Linhão de Tucuruí, as well as the impacts of its development in the Amazon Region, in particular its completion with the arrival in the State of Roraima, making the citizens of this federative entity have access

to the energy supply. Currently, Roraima does not receive electricity from the Brazilian system, it is originally from Venezuela, a country that, according to the news, is in a deep political and administrative crisis. This reflects effectively for the people of Roraima, who suffer daily from the lack of energy, bringing problems to the daily life of the population. Starting from a public hearing held in Manaus, at the Legislative Assembly, this research is based on the experience lived in that State and the documentary investigations on the subject. Thus, the aim is to describe in an objective way the need to complete the work to guarantee the people of Roraima the dignity of access to energy, highlighting the problems arising from the absence of this much needed good. The result elucidates the importance of all human beings needing to live with dignity and how the absence of electricity, as a right of first necessity, causes serious injuries to the State of Roraima.

**KEYWORDS:** Right of access to electricity; fundamental right; human dignity; human growth and development; traditional peoples; Tucuruí's Powerline.

## 1 INTRODUÇÃO

De início, ressalto que o presente artigo foi submetido e publicado na Revista Humanidades e Inovação (UNITINS), qualis A1 (CAPES), tendo igualmente sido aceito na Revista da AGU, qualis B2 (CAPES), antes da recente decisão proferida nos autos do processo 1030014-50.2021.4.01.3200, pela Justiça Federal do Amazonas, determinando o pagamento de uma compensação fixada em pouco mais de 133 milhões de reais, à população tradicional Waimiri-Atroari, para “mitigados os irreversível danos”. A decisão supracitada não suspendeu a realização da obra, que passou anos parada decorrente de inúmeras intervenções judiciais.

Alinhados esses pontos introdutórios, passa-se à análise científica sobre a necessidade de finalização da obra de interligação energética do país.

Pois bem, para a humanidade, durante seus estágios evolutivos, duas invenções foram peças-chave de revoluções. A primeira delas foi a pólvora: componente químico que moldou de forma bem clara muitas tragédias. Já a segunda foi a eletricidade: como ferramenta apta a gerar energia, ela alavancou a sociedade aos patamares atuais de desenvolvimento na saúde, na preservação dos alimentos, na indústria e em todos os segmentos tecnológicos. Hoje, na verdade, tudo socialmente é movido por energia elétrica, não se olvidando os impactos ambientais causados.

Portanto, não seria nenhum absurdo tratarmos a energia elétrica como um bem essencial para uma vida digna no âmbito da contemporaneidade. Tudo ao redor da sociedade é movido por essa força ou por outras fontes que gerem essa energia. Esse bem de consumo é a potência motriz de toda

sociedade. Sem energia elétrica não temos saúde, educação, empregos, entre outros fatores necessários e basilares à vida, afetando de forma direta o desenvolvimento de uma localidade.

No Estado de Roraima, localizado no extremo Norte do Brasil, na Amazônia, a energia elétrica não decorre de fontes produzidas no nosso país. Os suplementos energéticos desse Estado da nossa Federação são oriundos da Venezuela. Isso ocorre por problemas de autorização da obra denominada de “Linhão de Tucuruí”. Na construção desse segmento da linha energética, que ligaria o Estado de Roraima a todo o sistema brasileiro de geração de energia, alguns dos povos tradicionais indígenas (titulares das terras onde passariam os postes das linhas de transmissão) não foram ouvidos. Em razão disso, a obra ficou paralisada.

Por isso, o Estado brasileiro, vivenciando todo o desenvolvimento desse processo de oitiva dos povos tradicionais – que se frise, estabelecido como necessário por convenções internacionais, como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) –, resolveu aderir à recepção da linha energética de Guri, advinda da Venezuela. Essa foi uma atitude paliativa, a fim de acabar com os problemas provenientes da precariedade da matriz energética no Estado, até então oriunda das termoeletricas.

Enquanto não havia problemas no país fronteiriço, também não se verificavam no Estado de Roraima dificuldades com o fornecimento de energia. Todavia, quando se começou a vivenciar a crise política, econômica e humanitária na Venezuela, isso automaticamente passou a refletir no suprimento de energia procedente desse país para Roraima, gerando adversidades severas para a população.

Nesse sentido, a primeira parte deste artigo aborda o Linhão de Tucuruí: a finalidade de sua construção como forma de interligar todo o sistema nacional de energia e a sua paralisação em razão de sua construção estar limitada pela passagem na reserva indígena Waimiri-Atroari. Já na segunda parte, apresenta-se uma visão disposta em vários artigos científicos que ressaltam de forma veemente a defesa dos povos tradicionais (indígenas) que seriam “atingidos” pela finalização da linha energética. Na terceira parte, explanam-se os efeitos econômicos e humanos da não finalização da obra para a parcela da população que vive na Região Amazônica do Brasil, bem como os problemas advindos da utilização da energia originária da Venezuela. E, na parte final, abordam-se os efeitos e a influência direta no desenvolvimento econômico, social e humano oriundos da ausência de conclusão da obra do Linhão de Tucuruí, a partir do choque entre o Direito dos Povos Tradicionais (indígenas da etnia Waimiri-Atroari) e o Direito Social, Humano e Econômico da região da Amazônia roraimense e do povo que vive no Estado de Roraima.

Apesar do parco volume acadêmico acerca do tema, a partir de uma análise que venha a resguardar o direito da população que vive em áreas não indígenas (já que a grande totalidade dos artigos acadêmicos se prestam a defender o Direito Indigenista, olvidando que a sociedade também é composta por não índios), pretende-se trazer com este estudo uma concepção mais ampla, desapegada do olhar exclusivo de proteção indigenista, fomentando o debate na academia e na sociedade sobre os impactos à população e ao desenvolvimento da região.

## **2 LINHÃO DE TUCURUÍ DE ENERGIA**

Para se trazer uma percepção mais objetiva sobre o tema em debate, é importante alinhar conceitualmente o que é o Linhão de Tucuruí. Trata-se de uma obra energética que intenta realizar a ligação da Região Norte do país ao sistema nacional de geração de energia. É a saída energética da Usina de Tucuruí, no Estado do Pará, para os Estados da parte Norte do Brasil, com sua chegada prevista ao Estado de Roraima.

Essa obra já chegou ao Estado do Amazonas, em específico à cidade de Manaus, interligando quase a totalidade da Região Norte brasileira ao sistema nacional. Entretanto, por problemas jurídicos concernentes à passagem das torres de transmissão em áreas de povos tradicionais, não houve o fechamento do sistema nacional. Dessa maneira, não foi finalizada totalmente a cobertura do território brasileiro.

Até meados dos anos 1970, segundo Tavarez, Coelho e Machado (2008), a Região Amazônica era abastecida por energia advinda de usinas termoeletricas, com alto grau e grande capacidade para poluir o meio ambiente, além da qualidade energética insegura. As autoras demonstram a importância do Linhão de Tucuruí para o crescimento da Região, uma vez que a existência de uma matriz energética segura, limpa e confiável auxilia no crescimento.

Assim, o Linhão de Tucuruí é a obra energética de maior importância, atualmente, para a interligação dessa parte do país aos outros sistemas energéticos existentes, fazendo com que a Região Amazônica possa dispor desse bem de consumo que faz mover as rodas e as máquinas do desenvolvimento humano e regional.

### **2.1 ENERGIA ADVINDA DA HIDROELÉTRICA DE GURI, NA VENEZUELA**

Em meados de 2011, o Governo do Brasil estava por concluir, em termos formais, o antigo projeto de interligação da área ao Norte do Rio Amazonas ao sistema nacional de energia elétrica, com vistas a atender vetores de segurança e defesa nacional, bem como fornecer o sustentáculo básico para o desenvolvimento de regiões estratégicas, tais como Macapá-AP e Boa Vista-RR.

O plano inicial determinava que a linha de transmissão a ser construída fosse finalizada em 2015, de modo a garantir segurança energética aos polos políticos da região de fronteira norte do país. Para tanto, se estabeleceria a conexão elétrica entre a usina hidrelétrica de Tucuruí-PA e as capitais Manaus-AM e Macapá-AM. Então, a partir de Manaus seria ligada a produção energética da referida usina à cidade de Boa Vista-RR, o que corresponde a um trecho de aproximadamente 700 km.

Todavia, ao surgir a necessidade de cruzar as terras indígenas do povo Waimiri-Atroari – trecho que corresponde a aproximadamente 120 km dos 700 km de passagem –, ocorreu um forte embate político-social, visto que a licitação promovida foi editada sem que essas populações fossem consultadas – assim alegou o Ministério Público Federal e as Organizações não Governamentais (ONGs) temáticas –, conforme orientam os ditames da Convenção nº 169 da OIT, devidamente ratificada pelo Brasil em 2004 (TRAJANO, 2016).

Após intensos debates políticos no âmbito do Executivo e do Legislativo, houve a judicialização da questão, o que culminou no sobrestamento da materialização do projeto. Em virtude disso, as termoelétricas existentes nas regiões (e insuficientes para corresponder à demanda) foram dispostas como principal fonte nacional de energia para a localidade e, uma vez esgotadas as possibilidades de atenderem à crescente insuficiência, passaram a ser complementadas por fontes externas (de países vizinhos).

É nesse contexto que exsurge o contrato internacional entre os governos do Brasil e da Venezuela, firmado já em 2001 e sobrestado desde o início de 2019, quando o país caribenho passou a não mais disponibilizar a quantidade suficiente para satisfazer à carência brasileira, em meio a crise econômico-política que assola a nossa nação vizinha (SABINO, 2019).

Com a paralisação do fornecimento de energia venezuelana ao Brasil, o alcunhado Linhão de Tucuruí retorna ao debate nacional, estimulado pelos posicionamentos políticos do novo grupo político investido no Governo Federal.

## **2.2 AUSÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DE RORAIMA**

O Estado de Roraima, pelo seu posicionamento geográfico em relação aos tradicionais centros econômicos e pela falta de infraestrutura interligadora, não apresenta indicadores econômicos satisfatórios. Seja pelo incremento recente da colonização de seu espaço geográfico, seja pela ausência de projetos de desenvolvimento econômico regidos pelo Governo Federal, o Estado é, de certo modo, visto com distanciamento se considerarmos a formulação de políticas nacionais (sempre mais direcionadas aos redutos de concentração eleitoral do país).

Nesse sentido, a despeito dos flagrantes imperativos de segurança e defesa nacional, não houve, até recentemente, uma política para a efetivação da segurança energética na Região e o projeto de implementação do mencionado Linhão de Tucuruí foi sobrestado no episódio de passagem pela terra indígena Waimiri-Atroari.

A consequência disso foi a dependência energética extrema em relação ao país vizinho. E essa nação, uma vez mergulhada em uma crise político-econômica, trouxe à tona as fragilidades estruturais da economia roraimense, que passou a contar em sobremaneira com a reativação ampliada das termelétricas pouco eficientes e intensamente poluidoras, as quais, ademais, claudicam em fornecer ininterruptamente a força elétrica, ocasionando uma onda de problemas em serviços públicos permanentes (tais como os desenvolvidos nas escolas e nos hospitais, por exemplo) e a dissuasão na atração de investimentos econômicos no Estado (CONHEÇA, 2013).

Indubitavelmente, a ausência de uma matriz energética segura e confiável é um fator que desestimula os investimentos em indústrias de base (em setores da metalurgia e da mineração) e conglomerados agrícolas – talvez as maiores vocações de Roraima.

Justamente nesse ponto, verifica-se uma conexão íntima entre a infraestrutura de energia e o desenvolvimento de uma sociedade, conceito bastante estudado (e implementado) por Mohamed Yunus, o qual assinala:

A pobreza é a negação de todos os direitos humanos, que gera hostilidade, frustração e, para que se tenha paz, é preciso encontrar meios de dar oportunidade às pessoas para que tenham uma vida digna. Sustentabilidade significa viver em um ambiente equilibrado, harmonioso, onde educação, saúde, alimentação, moradia e trabalho com salário digno incluam as pessoas a um universo de possibilidades (YUNUS *apud* POMPEU; FARIAS, 2013, s. p.).

Desse modo, com a falta de adoção de uma postura política que promova o acesso à energia pela população roraimense, nega-se, pela via transversa, o direito ao desenvolvimento a tal povo e, assim, a uma vida digna. De forma similar, Amartya Sen (2010, p. 2) assinala sobre o conceito de desenvolvimento:

A expansão da liberdade é o fim prioritário e, simultaneamente, o meio principal do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na remoção de vários tipos de restrições que deixam às pessoas pouca escolha e pouca oportunidade para exercerem a sua ação racional.

Portanto, pode-se correlacionar que, quando não se promovem, no cenário do sistema econômico atual, formas de acesso de energia elétrica a uma dada sociedade, incorre-se em uma verdadeira negativa de desenvolvimento

a esse grupo. Tal aspecto deve certamente balizar o debate acerca do grau de interpretação da cláusula de garantia dos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, uma vez que isso foi o cerne da questão, que culminou na não ligação de Roraima ao sistema nacional de energia elétrica.

A *Advocacia da União*, em manifestação nos autos do processo 0018408-23.2013.4.01.3200, ressalta que a produção de energia elétrica é essencial para o desenvolvimento demográfico e econômico, sendo esse um dos principais objetivos do governo brasileiro, ao lado de proteger e resguardar o direito dos povos tradicionais indígenas atingidos por qualquer empreendimento.

### 3 QUESTÕES INDIGENISTAS

Os direitos indígenas no Brasil estão previstos constitucionalmente no capítulo VIII (Dos índios) do Título VIII (Da Ordem Social), nos Artigos 231 e 232 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), bem como em demais legislações esparsas, formando assim o arcabouço legal do sistema protetivo indígena.

Serão mencionados a seguir os principais diplomas normativos infraconstitucionais. São eles: a) Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio); b) Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas de 2007; c) Decreto nº 1.775/96 (dispõe sobre demarcação de terras indígenas); e d) Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais.

Acrescidos a tais diplomas normativos, deve-se mencionar o consignado na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o caso Raposa Serra do Sol (2008), no qual se estabeleceram critérios para a definição, a demarcação e a identificação de terras indígenas no Brasil, inclusive determinando acerca do tratamento de tais territórios quando ocupados por populações não indígenas – formando dessa maneira 19 ditames sobre a demarcação de terras indígenas.

No que tange à Constituição Federal de 1988, é relevante assinalar alguns aspectos estabelecidos na Carta: inicialmente, a necessária legitimidade de suas comunidades e organizações de ingressarem em juízo, com a participação do Ministério Público; após, destaca-se o reconhecimento às distinções étnicas dos povos indígenas e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Sobre o tema “terras que tradicionalmente ocupam”, o parágrafo 1º as define como:

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988, s. p.).

A destinação dessas terras é o tema do parágrafo 2º, que assevera que elas se destinam à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Em complementação, o § 4º assinala que as terras tratadas neste artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

No caso Raposa Serra do Sol, o STF (BRASIL, 2013) pontuou que o marco temporal para a definição do que são as “terras que tradicionalmente ocupam” é a data de promulgação da Constituição de 1988, circunstância que pauta todo o procedimento demarcatório das terras indígenas no Brasil – a despeito das queixas de o Supremo ter exibido uma postura demasiadamente ativista no julgamento desse caso (ENTENDA, 2009).

Paralelamente a tais ditames, a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas de 2007 estabelece 5 eixos de direitos conferidos a todas as populações nativas em face dos Estados Nacionais (os sujeitos de direito por excelência da sociedade internacional): 1) autodeterminação; 2) direito ao consentimento livre, prévio e informado; 3) direito à reparação pelo furto de suas propriedades; 4) direito a manter suas culturas; 5) direito à comunicação (ASSEMBLEIA, 2014).

Em linha similar, a Convenção nº 169 da OIT de 1989 (ratificada em 2004 pelo Brasil) sobre povos indígenas e tribais reconhece a tais grupos o direito à terra segundo seus costumes e tradições, de modo a manterem sua estrutura étnica em face dos elementos não indígenas da sociedade. Ainda, esse documento estabelece a necessidade de oitiva prévia e consulta em todas as formas de atuação estatal que resvalam diretamente no modo de vida de suas comunidades, cujo procedimento deve se adequar às tradições do povo envolvido.

Particularmente, no que concerne ao povo Waimiri-Atroari, existia (ainda existe) a exiguidade de elaborar um protocolo de consulta (do mesmo modo que foi realizado com o povo Xingu), para que o Estado brasileiro seguisse tais direcionamentos ao conduzir o projeto de extensão do Linhão de Tucuruí. Isso, de fato, não ocorreu em 2011, quando os trechos foram licitados e idealizados sem uma consulta prévia aos Waimiri-Atroari (ÍNDIOS, 2014).

A questão atingiu extremada sensibilidade pelo fato (cuja reconstituição histórica ainda pende de melhores esclarecimentos, estudos e investigações) de que esse mesmo povo indígena teria sofrido enorme violência por parte do Estado brasileiro quando ocorreu a construção da Rodovia BR-174, que interligou Boa Vista a Manaus passando pelo território Waimiri-Atroari. Nesse episódio, as Forças Armadas do Brasil assumiram a direção da máquina estatal brasileira, instaurando uma nova ordem política em 1964. E, segundo a

compreensão institucional da época, calcada em ditos imperativos de segurança nacional, esse povo indígena, ao resistir à repentina ocupação parcial de suas terras (sob o mote da premência de o Estado implementar o projeto de pavimentar a BR-174), sofreu ataques desproporcionais. Tais ações, dizem, teriam dizimado sua população, em um episódio que apresentou feições de verdadeiro genocídio, segundo caracterizam alguns (DAMASIO, 2019).

Todo esse contexto em muito contribuiu para aflorar a sensibilidade quanto à passagem do Linhão de Tucuruí pelo território indígena demarcado, tanto pelos órgãos de proteção dos povos indígenas quanto pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pela sociedade nacional e internacional em geral.

É válido ressaltar, não obstante, que a realidade de meados da década de 1960 e a dos anos 2020 em muito diferem, seja pela existência de diversos mecanismos de controle da atuação estatal, seja pela criação e pelo desempenho de instituições robustas de proteção de minorias, que se somam à velocidade e à agilidade na divulgação de notícias – em correspondência aos meios tecnológicos existentes, os quais empoderaram bastante a sociedade civil nacional e internacional como guardiães da legalidade dos atos estatais.

### **3.1 OITIVA PRÉVIA DOS POVOS TRADICIONAIS – CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT**

A Convenção nº 169 da OIT se constitui como um verdadeiro marco mundial de incremento dos *standards* que tratam da matéria dos povos indígenas e tradicionais nos mais variados rincões do mundo. No contexto brasileiro, contudo, tais avanços já estavam positivados na Carta Constitucional de 1988, servindo essa norma convencional, portanto, como diretriz de interpretação dos temas próprios do direito aplicado aos povos indígenas.

Entre seus diversos artigos, destacam-se aqueles que tratam dos conteúdos sobre o reconhecimento e a demarcação de terras indígenas, bem como os afetos à necessidade de consulta das populações afetadas por políticas que sejam direcionadas a tais grupos. A seguir, eles serão evidenciados.

No Art. 6º tem-se delineado o direito de consulta segundo as particularidades étnico-culturais de cada povo envolvido, o que circunda o dever de estímulo, por parte do Estado, à auto-organização de suas comunidades, bem como o respeito ao procedimento de consulta autorregulado pelo próprio povo objeto da ponderação, segundo os princípios da boa-fé, solidariedade e paz. Confira-se:

#### **ARTIGO 6º**

1. Na aplicação das disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) criar meios pelos quais esses povos possam participar livremente, ou pelo menos na mesma medida assegurada aos demais cidadãos, em todos os níveis decisórios de instituições eletivas ou órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetem;

c) estabelecer meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibilizar os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas em conformidade com o previsto na presente Convenção deverão ser conduzidas de boa-fé e de uma maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas possa ser alcançado.

#### ARTIGO 7º

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e dos níveis de saúde e educação dos povos interessados, com sua participação e cooperação, deverá ser considerada uma prioridade nos planos gerais de desenvolvimento econômico elaborados para as regiões nas quais vivem. Projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões deverão ser também concebidos de uma maneira que promova essa melhoria.

3. Sempre que necessário, os governos garantirão a realização de estudos, em colaboração com os povos interessados, para avaliar o impacto social, espiritual, cultural e ambiental das atividades de desenvolvimento planejadas sobre eles. Os resultados desses estudos deverão ser considerados critérios fundamentais para a implementação dessas atividades.

4. Os governos deverão tomar medidas, em regime de cooperação com os povos interessados, para proteger e preservar o meio ambiente nos territórios habitados por eles. (OIT, 2011, p. 18-20).

Nesse ponto, destaca-se o fator sociocultural como critério a ser seguido para determinação das terras necessárias à reprodução físico-cultural dos povos indígenas – e não os critérios da sociedade não indígena. Ademais, buscou-se garantir a predominância efetiva dessas populações nos territórios

demarcados, bem como os demais vetores que garantam a sobrevivência étnica dos povos indígenas. A saber:

## PARTE II – TERRAS

### ARTIGO 13

1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. O uso do termo terras nos artigos 15 e 16 incluirá o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins.

### ARTIGO 14

1. Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. Além disso, quando justificado, medidas deverão ser tomadas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência. Nesse contexto, a situação de povos nômades e agricultores itinerantes deverá ser objeto de uma atenção particular.

2. Os governos tomarão as medidas necessárias para identificar terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados e garantir a efetiva proteção de seus direitos de propriedade e posse.

3. Procedimentos adequados deverão ser estabelecidos no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar controvérsias decorrentes de reivindicações por terras apresentadas pelos povos interessados (OIT, 2011, p. 23-24).

Nos Artigos 16 e 38 desse mesmo documento, esmiuça-se um ponto bastante polêmico para os Estados nacionais em relação à liberdade e à autodeterminação (em um sentido mais cultural que político, por assim dizer). Eles dizem respeito à conciliação entre o interesse nacional inarredável e o direito dos povos indígenas a sua existência étnico-cultural particular, o qual está intrinsecamente associado à permanência em seu hábitat, que remonta a tempos imemoriais:

### ARTIGO 16

1. Sujeito ao disposto nos próximos parágrafos do presente artigo, os povos interessados não deverão ser retirados das terras que ocupam.

2. Quando a retirada e o reassentamento desses povos forem considerados necessários como uma medida excepcional, eles só serão realizados com seu livre consentimento e conhecimento. Não sendo possível obter seu consentimento, essa transferência só será realizada após a conclusão dos procedimentos adequados previstos na lei nacional, inclusive após consultas públicas, conforme o caso, nas quais os povos interessados tenham oportunidades de ser efetivamente representados.

3. Sempre que possível, esses povos terão o direito de retornar às suas terras tradicionais tão logo deixem de existir as razões que fundamentaram sua transferência.

4. Quando esse retorno não for possível, como definido em acordo ou, na falta de um acordo, por meio de procedimentos adequados, esses povos deverão receber, sempre que possível, terras de qualidade e situação jurídica pelo menos iguais às das terras que ocupavam anteriormente e que possam satisfazer suas necessidades presentes e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados manifestarem preferência por receber uma indenização em dinheiro ou espécie, essa indenização deverá ser adequadamente garantida.

5. Pessoas transferidas de uma terra para outra deverão ser plenamente indenizadas por qualquer perda ou dano.

#### ARTIGO 38

1. A presente Convenção será vinculante apenas para os membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tenham sido registradas junto ao Diretor Geral.

2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após a data na qual a ratificação de dois Membros tenha sido registrada junto ao Diretor Geral.

3. Posteriormente, esta Convenção entrará em vigor para qualquer Membro doze meses após o registro da sua ratificação (OIT, 2011, p. 25-26; 41).

Como se pode extrair da análise dos dispositivos pertinentes da Convenção nº 169 da OIT, há precisão de oitiva/consulta prévia dos povos indígenas/tradicionais quando for necessária a formulação de políticas ou medidas que lhes viria a atingir, exigência que, de fato, vai ao encontro do processo democrático de participação na formulação das decisões estatais direcionadas à sociedade civil.

Com isso, o epicentro da discussão passa a ser o seguinte: como proceder diante da inexistência de um protocolo específico autoestabelecido pelo povo Waimiri-Atroari para atender à exigência da etapa de consulta prévia, com vistas a materializar a construção do Linhão de Tucuruí em sua terra demarcada? Em princípio, tal questão poderia ser solucionada de maneira

similar ao estabelecido pelo povo Xingu, que formulou um protocolo próprio para tais consultas, segundo seus costumes e tradições.

Evidentemente, não é possível pensar em somente se utilizar (tal como em uma aplicação analógica) o protocolo estabelecido por tal povo indígena junto a outro, visto que eles não partilham dos mesmos costumes e tradições, sendo apenas conectados pelo fato de ocuparem a categorização de indígenas pela parte da sociedade não indígena.

Também, talvez não seria o caso de se fazer, diante da omissão prolongada do povo Waimiri-Atroari, uma notificação formal – via FUNAI e associações representativas – para participação de suas lideranças em uma dada audiência pública, uma vez que as diferenças étnico-culturais são tamanhas – provavelmente, o escopo da norma protetiva terminaria, mesmo assim, sendo desrespeitado.

Diante da inexistência de um procedimento previsto para o rito da consulta na Convenção nº 169 da OIT, é possível, talvez, se inspirar nos exemplos bem-sucedidos da formulação de protocolos por outros povos indígenas do país, via estímulos sociais, econômicos e, sobretudo, políticos.

Indubitavelmente, a recalcitrância do nosso governo em aprofundar tal diálogo deriva verdadeiramente dos embates pelo reconhecimento dos conflitos (e, talvez, dos extermínios, os quais, caso admitidos, trariam uma enormidade de efeitos jurídico-econômicos ao Estado brasileiro) promovidos pelo militares durante a década de 1960 e 70 na região, o qual se afirma ter aproximado da extinção os Waimiri-Atroari.

### **3.2 A NECESSIDADE DA OITIVA PRÉVIA DOS POVOS TRADICIONAIS E OS IMPACTOS NO PATAMAR MÍNIMO CIVILIZATÓRIO (DESENVOLVIMENTO) DA POPULAÇÃO RORAIMENSE**

Como se asseverou, a paralisação das obras do Linhão de Tucuruí deu-se em razão de decisão judicial liminar em face do pedido manejado pelo Ministério Público Federal, na tutela dos direitos coletivos *lato sensu* indígenas. A controvérsia que balizou a disputa judicial (que culminou na decisão judicial de sobrestamento da construção de trecho da obra da linha de transmissão) diz respeito ao procedimento legal para que a linha cruzasse a área de terra indígena em trajeto paralelo e lindeiro à Rodovia BR-174.

Foi arguido pelo Ministério Público Federal que o procedimento de oitiva dos Waimiri-Atroari não ocorreu efetivamente, segundo os ditames das convenções ratificadas pelo Brasil e pelos demais diplomas regentes do tema. Ademais, em muito contribui para o debate se colacionar o que entende a

instituição a respeito do mecanismo de consulta prévia ao povo indígena. Confira-se:

A Consulta Prévia é uma obrigação do Estado brasileiro de perguntar, adequada e respeitosamente, aos povos indígenas sua posição sobre decisões administrativas e legislativas capazes de afetar suas vidas e seus direitos. É um direito dos povos indígenas de serem consultados e participarem das decisões do estado brasileiro por meio do diálogo intercultural marcado pela boa fé.

Esse diálogo deve ser amplamente participativo, ter transparência, ser livre de pressões, flexível para atender a diversidade dos povos e comunidades indígenas e ter efeito vinculante, no sentido de levar o Estado a incorporar o que se dialoga na decisão a ser tomada (BRASIL, 2014, s. p.).

A questão da oitiva prévia dos povos indígenas, portanto, é uma exigência legal e deve ser respeitada, sem hesitações. No entanto, há uma circunstância a se ponderar: na medida em que o autoestabelecimento do protocolo de consulta prévia pelo povo indígena não avança, mesmo passados longos anos, pode-se concluir, talvez, que ocorre um abuso de direito, pois tal postura resvala em se negar o desenvolvimento ao setor da população não indígena do território, bem como a insubmissão ilegítima à implementação de políticas idealizadas pelo Poder Público constitucionalmente investido na função soberana.

Frise-se que não se trata de negar a vigência aos termos da Convenção, mas sim de garantir, segundo a técnica da ponderação de direitos equivalentes, que o procedimento de consulta prévia ao povo indígena envolvido não assumira natureza jurídica diversa, qual seja, a de verdadeira ratificação do ato administrativo estatal.

Ademais, a resistência dos movimentos sociais pela instituição do Linhão de Tucuruí se evidencia na medida em que se condiciona a discussão da passagem da obra ao reconhecimento do possível genocídio anteriormente ocorrido, fatos que se correlacionam, indubitavelmente, mas que não podem ser associados em uma aparente conexão inextirpável, sob pena de se causar prejuízo desmedido à população roraimense a custo zero. Por isso, faz-se indispensável realizar uma ponderação, no caso concreto, da regra da oitiva diante do dever de garantia do mínimo existencial ao povo do Estado de Roraima.

De fato, o abuso de direito na longa demora em organizar um protocolo Waimiri-Atroari para consulta em relação à passagem das linhas de transmissão revela-se ainda mais evidente diante da circunstância de que esse margearia a Rodovia BR-174, não trazendo maiores inconvenientes no interior da terra indígena e, em consequência, ao direito desse povo tradicional.

## **4 CONCLUSÃO**

No decorrer deste artigo, tornou-se explícito que as normas convencionais, recepcionadas no sistema jurídico brasileiro com força cogente, gozam de critérios imperativos e impositivos à administração pública, bem como a toda a sociedade, não podendo a sua aplicação ser afastada por mero capricho da administração pública. Nesse sentido, a necessidade de oitiva prévia dos povos indígenas, prevista na Convenção nº 169 da OIT, deve ser observada sempre que houver impacto direto da ação estatal em relação aos direitos dos povos tradicionais.

Restou evidente, ainda, que a energia elétrica é um bem de vital importância à vida contemporânea, sendo expressão maior para que haja um desenvolvimento humano em qualquer sociedade moderna. Sem energia elétrica não há o mínimo existencial para uma existência digna na atualidade. Não se tem saúde, educação, segurança e emprego. Não há desenvolvimento humano em uma sociedade que vive às escuras; que vive sem uma matriz energética segura e consistente. Hospitais não funcionam. Escolas não funcionam. Alimentos não se conservam. Indústrias não se instalam. Postos de empregos não são criados. Com tudo isso, as famílias e sua coletividade social não se desenvolvem e vivem precariamente, à margem da dignidade.

Como compatibilizar esse desenvolvimento humano com o direito desses povos tradicionais de serem ouvidos e que possam de fato opinar em situações que venham a interferir em sua cultura, direitos e etnias? Tudo passa pela racionalidade na necessidade da oitiva prévia. Então, qual seria a finalidade dessa oitiva? Resguardar os direitos desses povos tradicionais.

Para tanto, demarca-se a importância de o Ministério Público Federal expor em sua página oficial informações sobre a consulta, na qual a define como sendo a oitiva dos povos indígenas quando as decisões administrativas do Estado podem afetar seus direitos, sua cultura. Logo, a racionalidade da consulta é: estabelecer uma decisão administrativa que possa interferir de forma objetiva nos direitos dos povos indígenas.

Portanto, não há racionalidade numa consulta prévia para se passar fios energéticos, margeando uma BR já construída, onde trafegam automóveis diariamente, fazendo a ligação terrestre entre o Estado de Roraima e o restante do Brasil. Não se pergunta a nenhum morador das cidades brasileiras se a companhia energética pode passar um fio de tensão e um poste de energia na calçada, em frente à casa de um morador.

Não se pode manter o povo roraimense à margem de uma matriz energética segura. Não há como se manter hospitais cuidando de enfermos por ausências de energia elétrica. Não há como as escolas ficarem sem aulas por

ausência desse bem essencial para o desenvolvimento humano. Não há como manter um Estado vivendo sem indústrias e empregos para geração de bens e renda. Não há como se manter um Estado vivendo à base de uma matriz energética insegura, instável e altamente poluente.

Por conseguinte, deixando-se ideologias à parte e ponderando-se<sup>54</sup> os bens jurídicos em conflito/colisão: deve ser observada no caso concreto a necessidade de oitiva prévia dos povos tradicionais e o desenvolvimento humano por meio de um mínimo existencial (patamar mínimo civilizatório), em especial pela ausência de racionalidade na exigência se ela não fere o direito dos povos indígenas.

Desse exposto, depreende-se, assim, que a obra de finalização do Linhão de Tucuruí prescinde de oitiva prévia do povo Waimiri-Atroari, tendo em vista que os fios de tensão energética passarão margeando uma BR já existente, sem interferir nos direitos desses povos tradicionais, não havendo, destarte, racionalidade na exigência da consulta. Por fim, ressalta-se, ainda, que o povo roraimense está a viver sem um mínimo existencial de saúde, educação, segurança energética e, por conseguinte, sem desenvolvimento humano e dignidade em patamares mínimos civilizatórios.

## REFERÊNCIAS

- ABDALLA JÚNIOR, B. Luzes da modernidade. *Memória*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 14-17, 1988.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ASSEMBLEIA GERAL NAÇÕES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. *Ata 12*, Periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda. Disponível em: [https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta\\_previa/files/El%20deber%20estatal%20de%20realizar%20consulta\\_anaya\\_inf\\_c\\_dh.pdf](https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/El%20deber%20estatal%20de%20realizar%20consulta_anaya_inf_c_dh.pdf). Acesso em: 22 abr. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Protocolos de consulta dos povos indígenas*. 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/protocolos-de-consulta-dos-povos-indigenas>. Acesso em: 20 abr. 2019.

---

<sup>54</sup> Solução aplicada pelo jurista alemão Robert Alexy (2015) em casos difíceis.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Notícias*. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRÜSEKE, F. J. A modernidade técnica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 17, n. 49, p. 135-173, jun. 2002.

CONHEÇA os males das Usinas termelétricas. *Energia pura*. 2014. Disponível em: <https://www.energiapura.com/conheca-os-males-das-usinas-termeletricas>. Acesso em: 12 jun. 2019.

DAMASIO, K. Ditadura Militar quase dizimou os Waimiri-Atroari – e indígenas temem novo massacre. *National Geographic Brasil*. 2019. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2019/04/ditadura-militar-waimiri-atroari-massagre-genocidio-aldeia-tribo-amazonia-indigena-indio-governo>. Acesso em: 12 jun. 2019.

DESIDÉRIO, M. As 30 cidades brasileiras onde há mais funcionários públicos. *Revista Exame*. 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/as-30-cidades-brasileira-onde-ha-mais-funcionarios-publicos/>. Acesso em: 16 abr. 2019.

ENTENDA a polêmica em torno da reserva Raposa Serra do Sol. *BBC*. 2009. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/03/090317\\_raposaqandacq](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/03/090317_raposaqandacq). Acesso em: 12 jun. 2019.

ÍNDIOS do Xingu aprovam protocolo de consulta inédito. *Instituto Socioambiental*. 2014. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-indios-do-xingu-aprovam-protocolo-de-consulta-inedito>. Acesso em: 12 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao\\_169\\_OIT.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf). Acesso em: 12 jun. 2019.

POMPEU, G. V. M.; FARIAS, M. É. da C. Crescimento econômico, desenvolvimento humano e sustentabilidade: análise do direito social à alimentação adequada. *Revista Publica Direito*. 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6e67691b60ed3e4a>. Acesso em: 13 jun. 2019.

SABINO, M. Venezuela não cumpre fornecimento de energia para Roraima desde 7 de março. *Poder 360*. 2019. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/venezuela-nao-cumpre-fornecimento-de-energia-para-roraima-desde-7-de-marco/>. Acesso em: 12 jun. 2019.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Disponível em: [https://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/desenv\\_liberdade.pdf](https://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/desenv_liberdade.pdf). Acesso em: 12 jun. 2019.

SIMABUKO, L. A. N.; CORREA, L. F. S.; SANTOS, M. M. O.; MARTINS, M. Energia, industrialização e modernidade – História social. *Museu da energia*. 2019. Disponível em: <http://www.museudaenergia.org.br/media/63129/03.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2019.

TAVAREZ, M. G.; COELHO, M. C.; MACHADO, L. O. Redes de distribuição de energia e desenvolvimento regional. In: COELHO, M. C.; MONTEIRO, M. A. M. (Orgs.). *Mineração e reestruturação espacial da Amazônia*. Belém: NAEA/ UFPA, 2008, p. 141-184.

TRAJANO, A. Justiça derruba exigência de consulta aos índios Waimiri-Atroari sobre as obras do Linhão de Tucuruí. *Amazônia real*. 2016. Disponível em: <http://amazoniareal.com.br/justica-derruba-exigencia-de-consulta-aos-indios-waimiri-atroari-sobre-as-obras-do-linhao-de-tucuru/>. Acesso em: 12 jun. 2019.

---

### Nota sobre os autores

Dr. Flávio Henrique Albuquerque de Freitas

Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Doutorando em Direito pela FADISP. Professor Universitário. Juiz de Direito. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7729394674527978>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5458-111X>.

Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu

Doutora em Direito pela UFPE. Coordenadora do Mestrado e Doutorado em Direito e professora de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5158462383888889>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0446-7452>.

# LEY ARGENTINA DEL IMPUTADO ARREPENTIDO O EL “PENTIMENTO” DEL LEGISLADOR

**SERGIO DIAZ RICCI**

Catedrático de Derecho Constitucional, Doctor en Derecho – Universidad Complutense de Madrid, Presidente el Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario

**SUMARIO:** Introducción. Un poco de historia. Antecedentes en Argentina. Análisis de la Ley 27.304. Estructura Normativa Compleja. Nuevo Artículo 41 ter del Código Penal. Procedimiento de celebración del “Acuerdo de Colaboración”. Un problema conceptual. Varios problemas técnico-jurídicos. Un problema procesal de competencia jurisdiccional. El funesto beneficio de la excarcelación o eximición de prisión. Conclusiones.

## **Introducción:**

Este trabajo tiene por finalidad realizar un análisis crítico de la figura del “delator premiado”<sup>55</sup> incorporado al sistema penal argentino en el 2016 y poner de manifiesto la vulneración a principios constitucionales y convencionales del régimen del “imputado arrepentido”<sup>56</sup> así denominado por el art. 3 de la ley 27.304.

Esta ley introduce dos nuevos artículos en el Código Penal argentino (arts. 41 ter y 176 bis) relativos a esta figura acompañados por un conjunto de disposiciones complementarias (arts. 3 al 16) que establecen un procedimiento *ad hoc* para recibir la declaración del imputado (acuerdo de colaboración<sup>57</sup>) y para la evaluación de su verosimilitud.

---

<sup>55</sup> Lo que en Brasil se denomina “delação premiada”, en italiano “pentito” o, en antigua terminología germánica, “testigo de la corona”.

<sup>56</sup> Esta figura también es conocida en español como “delator”, “confidente” o “arrepentido premiado”. Se critica con razón el calificativo de “arrepentido” porque no se exige que el imputado revelador exprese ningún tipo de arrepentimiento, incluso más, podría no estar arrepentido en absoluto. El término “arrepentido” es una elipsis inapropiada porque es independiente del “arrepentimiento” interior del imputado que procura una disminución de pena a cambio de información.

<sup>57</sup> El término “colaborador” es una aporía porque el imputado no tiene ninguna obligación de colaborar en su propia imputación. Incluso más, no podría condenarse a una persona sólo en base sus propios dichos. En ningún caso será tomado como prueba de los hechos invocados la declaración misma del autor o partícipe, sino que lo serán los elementos de corroboración objetiva que surjan a partir de sus aportes.

El instituto del “imputado colaborador” está contenido en nuevo art. 41 ter en una extensa y compleja disposición ubicada entre las Disposiciones Generales del Código Penal (en adelante, CP), específicamente en el Título V sobre “Imputabilidad”. Esta norma se compone de tres partes: la primera, establece el beneficio de reducir las escalas penales a los imputados partícipes o autores de ciertos delitos que brinden información o datos útiles; la segunda, circunscribe la posibilidad del beneficio a nueve grupos de delitos; y la tercera, establece seis finalidades para su procedencia.

La propia ley establece, además, un proceso *ad hoc* para la formalización de un acuerdo de colaboración: oportunidad, criterios de evaluación, formalidad del acuerdo de colaboración, procedimiento, homologación judicial, recurso judicial contra denegatoria, etc.

La recepción de esta polémica figura, debe estar rodeada de una serie de garantías que fungen como complementos intrínsecos para la autenticidad y el valor de la confesión. Esta modalidad pone en evidencia que la operatividad y validez depende en buena medida de un proceso de formación que brinde garantías de genuinidad de la confesión<sup>58</sup>.

Esta estructura normativa compleja de dos artículos del Código Penal engarzados a un procedimiento especial, ha sembrado dudas sobre su naturaleza jurídica penal<sup>59</sup> o procesal<sup>60</sup>. Claramente es una medida de política criminal que procura contar con mecanismos y herramientas para la investigación y persecución de delitos complejos y de ilícitos cometidos por bandas criminales organizadas.

### **Un poco de historia:**

Estos procedimientos jurídicos de delación premiada, denominados “pentitismo”, surgieron en la década de los '90 en Estados Unidos. En Italia alcanzó transcendencia con inmensa operación judicial anti-mafia conocida como “*mani puliti*”. Este escenario condujo a que Naciones Unidas a promover

---

<sup>58</sup> Muy interesante es señalar que la palabra “confesión” puede usarse en muchos sentidos en español (me atrevo a decir que al igual que “*confissão*” en portugués): como brindar información reservada, como credo religioso y, hasta un sacramento de la Iglesia Católica. En cambio, en idioma alemán existen tres palabras diferentes: *Geständnis* para la declaración de auto-imputación en el ámbito jurídico y penal; *Konfession* para referirse a un credo religioso y *Beichte* alude al sacramento católico ahora se llama “reconciliación”.

<sup>59</sup> Para RUSCONI, Maximiliano: *Arrepentidos y Justicia Penal: ¿Nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la inquisición del nuevo milenio?*, en *Pensar en Derecho*, Nº 13, Año 7, Bs.As., UBA, 2018.

<sup>60</sup> Para GUARIGLIA, Fabricio: *El ingreso del agente encubierto en el procedimiento penal argentino*, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, N\* 1-2, *Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1996.

en el año 2000 la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita Palermo, Italia<sup>61</sup>.

Obviamente que no se nos escapa que esta figura levanta encendidas polémicas jurídicas, éticas y políticas<sup>62</sup> como los procesos judiciales de la “Tangentopoli” en Italia<sup>63</sup>, la “Lava Jato” en Brasil, o “la causa de los cuadernos” en Argentina.

Algunos creen ver en esta figura algunos rasgos del proceso acusatorio de los pueblos germánicos. En el Derecho Anglosajón, se procedía al juicio si el acusado se declaraba inocente (*not guilty plea*); en cambio, se le privaba de libertad en condiciones agravadas (incluyendo torturas) y se fijaba una “pena fuerte y dura” (*peine forte et dure*) si el acusado guardaba silencio. En cambio, si el acusado se declaraba culpable (*guilty plea*) se pasaba directamente a la sentencia y se concedían ciertos beneficios, incluso si el acusado, además de reconocer su culpabilidad, brinda información que torne menos dificultosa la investigación, se permitía el “pedido de rebaja” (*plea bargaining*) que consistía en acuerdos realizados entre el fiscal y el acusado quien se beneficiaba con una reducción de la punibilidad<sup>64</sup>.

Este método se aplicó también en tiempos de la Inquisición (que tuvo inicio en año 1478) en la que se empleaban diversos tipos de coacciones para llegar a la confesión de los herejes, incluso la tortura. Este panorama interesa

---

<sup>61</sup> Casi un sarcasmo anticipatorio, la escena final del film *Goodfather III* se filmó en 1990 las escaleras del Teatro Massimo de Palermo, Sicilia.

<sup>62</sup> De un lado, sostienen que es una especie de “justicia de los vencedores” que utilizan las delaciones en la mayor parte de los casos (o al menos en mayor medida) en investigaciones por delitos de corrupción, seguidas contra ex funcionarios –de signo político contrario al partido gobernante– (ZOLO, Danilo: *Justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*, Bs.As., Edhasa, 2007). Del otro, consideran una herramienta indispensable para investigar la corrupción en el ámbito público (Palacio Laje, C., El arrepentido en los delitos de corrupción ¿la excusa absolutoria es posible en estos delitos?, *La Ley, Suplemento de Actualidad*, 23/07/2009; Carrera, M. L. y Bertachini, J. M. 2016. El delator como solución a la ineficacia judicial, publicado en *La Ley, Suplemento Penal*, mayo 2016; cit. por BERNARDINI, y NICOLAS, Maximiliano: “Imputado delator y delatado. La lógica del camaleón en las estrategias de defensa”, en *Estudios sobre Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2020, pp. 55.

<sup>63</sup> La figura del delator cobró relevancia en la lucha judicial contra la mafia italiana, para penetrar en estas organizaciones herméticas y descubrir la comisión de distintos delitos. Tommaso Buscetta fue primer gran desertor de la mafia, quien luego de ser arrestado en el año 1983 se arrepintió ante el Juez Falcone, revelando la estructura de la “Cosa Nostra” acogándose luego al programa de protección de testigos de Estados Unidos. Vid. BAEZ, Julio C. – GRISSETTI, Ricardo: “Las Nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada. En torno al proyecto de Ley del Arrepentido del Poder Ejecutivo. El eterno dilema (relativamente falso) entre eficacias y garantías”, *La Ley, Derecho Procesal Civil*, 2016 (abril) 06/04/2016, 217, p. 5.

<sup>64</sup> Vid. amplia reseña histórica en MINOGGIO, Dino, “La figura del “arrepentido” o colaborador eficaz en nuestra legislación, en el derecho comparado y su tensión constitucional: eficacia de la investigación vs garantías constitucionales”, en *Revista Pensamiento Penal*, 13/03/2018.

nos permite comprender que detrás de la figura del delator prevalecía una visión que consideraba al acusado de un delito como objeto de prueba y no como sujeto de derechos<sup>65</sup>.

Esta visión cambia radicalmente con Liberalismo Iluminista de fines del Siglo XVIII que pone a la persona en el centro del mundo jurídico como lo pone de manifiesto de manera clara y magistral en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia (Artículo 7); “La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente (Artículo 8) y “Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable su arresto, cualquier rigor que no sea sumamente necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley (Artículo 9).

Por ello, es obvio que el resurgimiento de institución de la delación premiada a fines del Siglo XX hace crujir el principio de la prohibición de auto-incriminación y de la libertad de un imputado para declarar o guardar silencio.

### **Antecedentes en Argentina:**

La “delación premiada” era una figura que a mediados los '90<sup>66</sup> empezó a ser receptada en el derecho penal argentino<sup>67</sup> en 1995 a través de una modificación a la del régimen penal contra el narcotráfico (Ley

---

<sup>65</sup> Vid. CHAIA, A. R., en AA.VV. (Coord. Marco Antonio TERRAGNI; Dir. David BALGUN y Eugenio ZAFFARONI: *Código Penal de la Nación y normas complementarias*, Bs.As., Ed. Hammurabi, 2007, p. 144.

<sup>66</sup> En consonancia a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 1988) aprobada por ley 24.072 de 1992. Vid. BAEZ, Julio C. - GRISSETTI, Ricardo: “Las nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada. En torno al proyecto de Ley del Arrepentido del Poder Ejecutivo. El eterno dilema (relativamente falso) entre eficacia y garantías” en *La Ley*, DPyC 2016 (abril) 06/04/2016, 217, p. 5.

<sup>67</sup> Había un antiguo precedente de 1950 con la Ley 13.985 sobre delitos de traición, espionaje y sabotaje contra la Nación, todavía vigente cuyo artículo 14 dispuso: Quedará exento de sanción penal el que habiendo incurrido en los actos calificados como delito por esta ley, los denuncie ante las autoridades civiles o militares antes de haberlos consumado. Podrá ser declarado exento de sanción penal todo aquel que luego de haber consumado el delito lo denuncie a las autoridades civiles o militares y procure el arresto de los coautores o cómplices. Aquí se prevé un régimen especial del beneficio que no es recogido por el art. 451 ter CP.

23.737/1989) llevada a cabo por la Ley 24.424 que incorporó una norma específica (el art. 29 ter<sup>68</sup>) sobre el imputado premiado que comprendía el delito de contrabando de estupefacientes<sup>69</sup>.

El segundo paso fue en el año 2003 con la incorporación de esta figura para los delitos de secuestro extorsivo previstos en los art. 142 bis y 170 CP. En efecto la Ley 25.742 agregó una nueva disposición en el Código Penal dentro el título dedicado a la imputabilidad penal: el art. 41 ter<sup>70</sup> que ya en su versión original admitió la posibilidad de reducción – no la eximición – de la escala penal recién en la sentencia en beneficio del imputado colaborador<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Artículo 29 ter: A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el artículo 866 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirla de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación:

a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación.

b) Aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley.

A los fines de la exención de pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes. La reducción o eximición de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación.

<sup>69</sup> Código Aduanero (ley 22.415/1981: art. 866: Se impondrá prisión de tres (3) a doce (12) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se tratare de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración o precursores químicos. Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 865, o cuando se tratare de estupefacientes elaborados o semielaborados o precursores químicos, que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional (según texto introducido por la ley 27.302/2016.

<sup>70</sup> Artículo 41 ter: Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen.

<sup>71</sup> Artículo 41 ter: Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen.

únicamente para aquellas dos disposiciones penales. Posteriormente, la Ley 26.679 de 2011 que agregó como nuevo delito, la desaparición forzada de personas<sup>72</sup>, en el art. 142 ter<sup>73</sup> CP va a aplicar este beneficio a dicho tipo penal.

Como se advertirá se trata de regímenes penales muy específicos que contemplaban la reducción o eximición de prisión al imputado que proporcionara información relevante. Beneficio que se podría obtener una vez terminado el proceso, o sea, en la sentencia final pues en ninguno de estos casos se a excarcelación o eximición de prisión del imputado premiado.

Sin embargo, la posibilidad de la excarcelación durante el proceso penal en beneficio del delator premiado estuvo admitida en dos casos: para el delito de terrorismo<sup>74</sup> (por Ley 25.241/2000<sup>75</sup>) y para el delito de lavados de activos de origen ilícito (la Ley 25.246 hacía un reenvió<sup>76</sup> a la ley 25.241).

En resumen, el beneficio de reducción o eximición de pena al imputado colaborador se hallaba circunscripto a algunos delitos de gran relevancia. Hasta el año 2016, la posibilidad del beneficio de reducción de prisión al imputado colaborador estuvo circunscripto a cinco clases de delitos: traición, estupefacientes, secuestro extorsivo, terrorismo y lavado de dinero<sup>77</sup>. El

---

<sup>72</sup> La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belem do Pará, 1994) fue aprobada por Ley 24.556 de 1995 y adquiere jerarquía constitucional por Ley 24.820 el 30 de abril de 1997.

<sup>73</sup> Artículo 142 ter: Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

<sup>74</sup> Tema muy doloroso para Argentina porque fue víctima de dos graves atentados terroristas: en 1992 (embajada de Israel) y en 1994 (explosión de una asociación médica judía).

<sup>75</sup> En el segundo párrafo del art. 4: ...Sin embargo tan pronto como la reducción de la escala penal prevista por los artículos 2º y 3º aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación de acuerdo a las normas procesales comunes.

<sup>76</sup> El art. 31 (incorporado por la ley 26.683/2011) expresaba: Las previsiones establecidas en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la ley 25.241 serán aplicables a los delitos previstos en los artículos 213 ter, 213 quáter y 303 del Código Penal. La reducción de pena prevista no procederá respecto de los funcionarios públicos. En el caso del artículo 6º de la ley 25.241 la pena será de dos (2) a diez (10) años cuando los señalamientos falsos o los datos inexactos sean en perjuicio de un imputado.

<sup>77</sup> Estos dos últimos con posibilidad del beneficio de excarcelación durante el proceso penal.

régimen penal argentino había admitido el beneficio al “imputado colaborador” circunscrito a la atenuación o eximición de la pena al final del proceso al momento de la sentencia y, sólo excepcionalmente, en dos casos muy graves (delitos de terrorismo y de lavado de activos de origen ilícito) el tribunal podía disponer la excarcelación del imputado delator durante el proceso penal (art. 4 de la ley 25.241 y art. 30 de la ley 25.246).

### **Análisis de la Ley 27.304:**

En el año 2016 con la sanción de la ley 27.304 la regulación del imputado colaborador se unifica en un solo régimen legal. Las normas antes contenidas en otras leyes fueron derogadas y pasaron a integrar el catálogo de nueve delitos contenidos en la segunda parte del nuevo art. 41 ter que remite a los delitos de narcotráfico<sup>78</sup> y a delitos aduaneros<sup>79</sup> (ex art. 29 ter Ley 23.747), de terrorismo (Ley 25.241)<sup>80</sup> y de lavado de activos (ex art. 30 Ley 25.246<sup>81</sup>). El beneficio vinculado al delito de secuestro extorsivo – que antes estaba contenido en la primera versión del art. 41 ter (arts 142 bis y 170 por Ley 25.742/2003) y en el art. 142 ter (Ley 26.679/2011) – ahora se halla entre los supuestos del nuevo art. 41 ter<sup>82</sup>.

A los cinco supuestos contenidos en regulaciones anteriores (delitos de narcotráfico, contrabando, secuestro extorsivo, terrorismo y lavado de activos)

---

<sup>78</sup> CP Art. 41 ter:... El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; (régimen legal de tenencia y tráfico de estupefacientes).

<sup>79</sup> CP Art. 41 ter:... El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: ... b) *Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; (Delitos aduaneros: arts. 860 a 891, Ley 22.427/1981)*. El beneficio al imputado delator en casos de delitos de contrabando de estupefacientes (art. 866) el art. 41 ter nuevo lo extiende a todos los delitos de contrabando previstos en el Código Aduanero (arts. 863 a 867).

<sup>80</sup> La derogación de la ley 25.241 no significa que este supuesto haya desaparecido, sino se halla contenido en la nueva art. 41 ter: El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: ... c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal (disposición incorporada el Código Penal por la ley 26.734/2011).

<sup>81</sup> CP Art. 41 ter:... El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: ... i) *Delitos previstos en el título XIII del libro segundo, del Código Penal*. Este es un nuevo Título compuesto de sólo tres artículos (arts. 303, 304 y 305) incorporado al Código Penal por la ley 26.683/2011.

<sup>82</sup> CP Art. 41 ter:... El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: ... e) *Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal;*

se agregan otras cuatro grupos de delitos que antes no estaban alcanzados por el régimen del arrepentido: delitos contra la integridad sexual, delito de trata de personas, asociación ilícita y delitos contra la administración pública (cohecho y tráfico de influencias; malversación de caudales públicos; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; exacciones ilegales; enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; prevaricato, y fraude contra la administración pública).

Pasando en limpio, el imputado arrepentido que antes sólo tenía la posibilidad de reducción o eximición de pena en cinco tipos de delitos (traición, estupefacientes, secuestro extorsivo, terrorismo y lavado de activos) ahora tiene la expectativa en otros cuatro supuestos adicionales<sup>83</sup>. Todos los cuales, además, gozan de la expectativa de excarcelación y de eximición de prisión durante el proceso *vis-à-vis* el art. 4 de la Ley 27.304<sup>84</sup>.

En estos nueve grupos de tipos penales, según el nuevo art. 41 ter, el imputado colaborador puede acceder a dos beneficios: a) la reducción de la pena en la sentencia, y b) en un momento anterior, durante el proceso penal en que el imputado colaborador está detenido o en ciernes de serlo, goza de la expectativa de ser beneficiado por la excarcelación o la eximición de prisión. En este último asunto radica el *punctum dolens* del sistema del imputado colaborador argentino.

### **Estructura Normativa Compleja:**

La figura del imputado arrepentido se recoge en un texto legal de dieciocho artículos, que acopla dos normas del Código Penal junto a otras disposiciones que se ocupan de reglar un meticuloso proceso *ad hoc* para recibir, contener y evaluar las informaciones brindadas por el imputado colaborador y de prever los efectos tanto durante como en la sentencia hacia al final del proceso penal.

---

<sup>83</sup> CP Art. 41 ter, segunda parte: El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; (delitos contra la integridad sexual)

f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal (delito de trata de personas)

g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal; (Asociación ilícita).

h) Delitos previstos en los capítulos VI (cohecho y tráfico de influencias); VII (Malversación de caudales públicos); VIII (Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas); IX (Exacciones ilegales); IX bis (Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados); y X (Prevaricato) del Título XI [DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA] y en el inciso 5 del artículo 174 (Fraude contra la Administración Pública) del Código Penal;

<sup>84</sup> Recordemos que con anterioridad la posibilidad de excarcelación durante el proceso se circunscribía a sólo dos delitos: terrorismo y lavado de activos.

Dijimos que en sus primeros artículos la ley inserta dos nuevas disposiciones al Código Penal: por el art. 1 sustituye el art. 41 ter por un nuevo texto y por el art. 2 introduce una nueva disposición, antes inexistente: el art. 276 bis<sup>85</sup>. No podremos detenernos en este nuevo tipo penal derivado que castiga con prisión al imputado que proporcione maliciosamente información falsa o datos inexactos, porque nos desviará mucho el problema central. Extraña norma porque un imputado así como puede guardar silencio también puede engañar (lo que, además, es muy factible para eludir su responsabilidad). Esto último podrá servir como agravante del delito principal pero no constituir en sí mismo un delito por el principio que veda la auto-incriminación.

El resto del articulado, como señalamos más arriba, establece un detallado procedimiento para el "acuerdo de colaboración" que concreta el art. 41 bis CP.

### **Nuevo Artículo 41 ter del Código Penal:**

El nuevo art. 41 ter Código Penal es una larga y extensa disposición, de estructura compleja, compuesta de tres partes: la primera contiene el objeto principal, seguida de una enumeración taxativa de nueve tipos de delitos en los que es posible aplicar y, finalmente, se cierra con una tercera parte que señala las finalidades a las que debe contribuir la información o datos aportados, por tanto, este segmento está intrínsecamente ligado a la primera parte.

Como referencia conceptual, tengamos en cuenta que el art. 41 ter está ubicado en la primera parte del Código Penal, en el Título V relativo a la "Imputabilidad".

La primera parte comienza con la siguiente fórmula: *Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa*<sup>86</sup> respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la

---

<sup>85</sup> Esa Ley 27.304 dispone en su art. 2º: Incorporárase como artículo 276 bis del Código Penal el siguiente: *Artículo 276 bis: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos.* Para algunos autores se trata un nuevo tipo penal: "falso testimonio del imputado arrepentido" que conduce a una situación perversa: por un lado, el imputado no estaba obligado a declarar contra sí mismo, y por otro, debe decir la verdad sobre el hecho en el que ha participado. Es claro que no puede reprocharse la comisión de un nuevo delito al imputado que miente en su declaración (tal como pretende el artículo 276 bis del Código Penal sin que se afecte su derecho de defensa, cf. Bernardini-Nicolás, ob. cit. p. 69. Esta norma a recibido fuertes objeciones constitucionales, que no podemos ocuparnos aquí.

<sup>86</sup> Esto es la reducción de un tercio a la mitad de las escalas de las penas de prisión previstas o hasta quince años de prisión para las de prisión y/o reclusión perpetua.

*sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.*

De lo que surge que el hipotético destinatario del beneficio es un sujeto imputado como autor o participe de un delito. O sea, no es un testigo o un tercero ajeno al hecho delictuoso sino una persona inculpada en un proceso penal.

El comportamiento requerido al imputado es que “brinde información o datos precisos, comprobables y verosímiles” relacionados al delito que está siendo procesado. No sirve para cualquier otro delito, por ejemplo, delitos como hurto o robo, calumnias o injurias, sino datos o información vinculados a ciertos y determinados delitos.

De individualizar a éstos, precisamente, se ocupa el segundo cuerpo de la norma, que reduce el campo de aplicación del beneficio a un catálogo referido a nueve géneros de delitos taxativamente enumerados: tráfico de estupefacientes, contrabando, terrorismo, contra la integridad sexual, secuestro coactivo, trata de personas, asociación ilícita, delitos contra la administración y delitos contra el orden económico y financiero. Todos ellos ya estaban contenidos como tipos criminosos en el Código Penal y algunos, además, como el narcotráfico cuenta con un régimen especial complementario. En otras palabras, el art. 41 ter identifica puntualmente los artículos del Código Penal en que la figura del arrepentido resulta aplicable. En suma, la misma norma presenta una estructura remisiva hacia determinados delitos<sup>87</sup> ya previstos y contenidos en el Código penal.

Esta parte se complementa con el art. 3 que impone ciertas limitaciones: 1) que la información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que el delator haya sido partícipe; 2) que involucre a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido; 3) excluye a los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución argentina (en adelante, CA); y 4) es inaplicable en procesos donde se investiguen delitos de lesa humanidad<sup>88</sup>.

La tercera parte del art. 41 ter exige para su procedencia que los datos o información aportada contribuyan a conseguir seis finalidades<sup>89</sup>. Además de

---

<sup>87</sup> De lo contrario incurriría en la tacha de inconstitucional de tipo penal en blanco.

<sup>88</sup> Por cierto aquí falla la *mens legis*, porque justamente este género de delito presenta una enorme dificultad investigativa.

<sup>89</sup> Art. 41 ter, tercera parte: *Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a*

las dos tradicionales: esclarecimiento y evitación del hecho, se añaden otros propósitos o noticas que debe proporcionar los datos o información aporta por el imputado colaborador. En consecuencia, la procedencia del beneficio se halla condicionada la utilidad que la confesión preste a la investigación.

### **Procedimiento de celebración del “Acuerdo de Colaboración”:**

La ley 27.304 en los restantes quince artículos regula todo un micro-procedimiento *ad hoc* para hacer efectiva esta declaración. Básicamente se basa en dos ejes: por un lado, los recaudos para la celebración de un acuerdo de colaboración (arts. 3, 6, 7, 8, 9, 10 y 11) y, por otro lado, las pautas que debe considerar el juez valorar esta colaboración (arts. 4, 5, 12, 13 y 15).

La ley denomina “acuerdo de colaboración” a los datos o informaciones proporcionadas por un imputado, debe ser concretado entre por el imputado arrepentido (con asistencia de su defensor) y el fiscal (art. 8) antes del cierre de la investigación, es decir, en momento procesal útil. En cuanto a los requisitos formales, se exige que el acuerdo sea celebrado por escrito y registrarse con medios tecnológicos a fin de garantizar su evaluación posterior (art. 6). En el acuerdo deben quedar consignados los hechos, participación, pruebas, otros datos precisos, etc. (art. 7)<sup>90</sup>. Este “acuerdo de colaboración” se presenta al juez de causa, quien previamente debe convocar a una Audiencia donde expondrán el imputado arrepentido y su defensor y el fiscal de la causa. Tengamos en cuenta que el fiscal es el que puede seleccionar o prescindir de un imputado.

El juez homologará el acuerdo si el imputado arrepentido “hubiera actuado voluntariamente”, si, también, la información o datos aportados son precisos, comprobables y verosímiles, y además, contribuyan al esclarecimiento o la evitación de un delito.

Las pautas para la valoración del acuerdo por el juez – en una muestran de poco depurada técnica legislativa en materia penal – se encuentran

---

1) evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos;

2) revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos;

3) proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad;

4) averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

<sup>90</sup> Llama muchísimo la atención el inc. c del art. 7, que dispone que se debe consignar por escrito con claridad y precisión:.... c) El beneficio que se otorgará por la colaboración prestada por el imputado arrepentido. Este recaudo legal, de anticipar en el acuerdo el beneficio al momento de recibir la declaración, es francamente escandaloso.

dispersas en distintas partes del régimen legal: así se exige que los datos e información que se brinden deben ser precisos, comprobables y verosímiles (Art. 1, primera parte, último párrafo); que deben contribuir a evitar o impedir el comienzo, la permanencia consumación de un delito y/o a esclarecer o revelar datos relativos el hecho objeto de la investigación u otros conexos (tercera parte); que la información que se aporte debe referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido (art. 3, segundo párrafo); que se considere el tipo, alcance, utilidad, momento, gravedad del delito y de los hechos (art. 5); que el juez en instrucción o etapa preparatoria debe “valorar preliminarmente” el acuerdo arribado y la información brindada (art. 12); que el juez o fiscal debe corroborar la verosimilitud y utilidad, total o parcial de la información (art. 13).

Si el juez rechaza el acuerdo porque considera que no se reúnen estos recaudos, cualquiera de las partes (imputado y/o fiscal) puede apelar ante el tribunal superior de la causa (art. 10).

Finalmente, en caso de homologación el juez y el fiscal deben corroborar la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información proporcionada (art. 13).

Como un reconocimiento a la verosimilitud devaluada de la declaración del autor o partícipe, el art. 15 señala que ningún caso esas manifestaciones serán tomadas como prueba de los hechos manifestados para lo cual es necesario que haya elementos de corroboración objetiva que surjan a partir de las restantes pruebas las que sustenten la condena porque “la materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones” (art. 15, *in fine*).

La ley se ocupa de establecer los efectos de esta declaración en el curso del proceso penal en trámite:

a) respecto de terceros: el juez valorará “preliminarmente” la información brindada en el “acuerdo” arribado para adoptar medidas cautelares (un eufemismo para no mencionar “prisión preventiva”) respecto de las personas involucradas por el imputado arrepentido (art. 12).

b) respecto del imputado arrepentido: se difiere la ejecución del beneficio al momento del dictado de la sentencia de condena por el tribunal de juicio (art. 11, último párrafo). Pero esta regla general – traslado del beneficio hacia el final del proceso en la sentencia – es sustancialmente alterada por el artículo 4 de esta misma normativa legal, que dispone: “Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal

aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes". En este asunto nos detendremos más adelante porque es la consecuencia más relevante e inmediata del "acuerdo de colaboración" para el imputado colaborador pues le abre la probabilidad de excarcelación o eximición de prisión (art. 4) mientras que para los imputados perjudicados por la información brindada por el arrepentido puede recaer el dictado de medidas cautelares del proceso en su contra (art. 12).

La libertad de confesión queda resentida frente a la posibilidad de excarcelación para un imputado que se encuentra con prisión preventiva o de eximición de prisión para quien, hallándose en libertad, es llamado a declarar como imputado. Actúa como una verdadera coacción sobre el imputado que, además, se eleva exponencialmente porque es el fiscal quien debe "negociar" con el imputado para obtener el "acuerdo de colaboración" en el marco de un sistema acusatorio donde es el único facultado para pedir las medidas de prisión preventiva y de coerción durante el proceso, no pudiéndolas dictar *motu proprio* el juez.

En síntesis, el proceso de control del acuerdo de colaboración y los criterios para la evaluación de la información recibida por el juez presenta tiene deficiencias conceptuales y técnico-jurídicas notables de las que nos ocupamos seguidamente.

### **Un problema conceptual:**

Nos detendremos en la controversia, irreconciliable por cierto, entre las posturas garantista liberal y la utilitarista porque pueden permite echar luz a esta figura polémica del imputado premiado.

El derecho penal moderno surge ínsitamente imbricado con el movimiento constitucionalista que abreva en el fundamento sólido de la libertad y el principio de legalidad penal, en el principio de igualdad y el debido proceso, y que se manifiesta en materia penal en la presunción de inocencia y a la prohibición de autoincriminación, como lo puntualizamos más arriba con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La cuestión del "delator premiado" es un punto de colisión de dos corrientes iusfilosóficas que se manifiestan en el pensamiento penal: por un lado, la corriente liberal-garantista y, por el otro, la utilitarista o premial. Ha sido – y sigue siendo – motivo de agudas controversia representadas con figuras como Beccaría, por un lado, y como Bentham, por el otro. El primero, muy crítico con la delación premiada porque no concibe que el Estado aliente y recurra a una traición porque revela una debilidad de la ley "que implora

socorro de quien la ofende”<sup>91</sup>. En el otro extremo, el pensamiento utilitarista de Bentham lo acepta y justifica: “En cuanto a las recompensas o al perdón que se prometen a un criminal para que denuncie a sus cómplices, nos parece que si hay otro medio para conocerlos, este es malo, porque la impunidad que contiene es un mal; pero si no hay otro, es bueno, porque la impunidad de uno solo es un mal menor que la de muchos...”<sup>92</sup>. Más recientemente expresan estas posiciones Ferrajoli<sup>93</sup>, por un lado, y Nino<sup>94</sup>, por el otro. En particular, sobre la Ley 27.304 tenemos la posición crítica de Aboso<sup>95</sup> y la favorable de Spolansky<sup>96</sup>.

No debe haber duda que el fin no justifica los medios y, por cierto, el Estado no puede ofrecer un “premio” al autor o partícipe de un delito que, arrepintiéndose y confesando su participación en el mismo, mediante un acuerdo de tipo transaccional, reciba un beneficio de impunidad a cambio de provocar la condena de otros. Sin embargo, tampoco el Estado puede rehusar la colaboración para esclarecer o evitar un delito mediante el aporte de información de sujetos que han participado en el ilícito, sobre todo cuando se trata de delitos complejos de dificultosa investigación y obtención de pruebas.

Para Spolansky “cuando se ofrece al posible arrepentido la opción de decir lo que sabe – y lo que sabe es útil y eficaz para descubrir el hecho

---

<sup>91</sup> Cf. BONESANA, Cesare (marqués de Beccaría): *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires; Ed. Heliasta, 1993; p. 151.

<sup>92</sup> Cf. BENTHAM, Jeremy: *Teoría de las penas y las recompensas*; Tomo II; Barcelona; traducida al español de la 3ra edición publicada en Francia por Ed. D.L.B.; 1838; pág. 76.

<sup>93</sup> Sostiene enfáticamente Ferrajoli: “Todas las garantías penales y procesales -y no sólo el papel del interrogatorio como medio de defensa- resultan efectivamente alteradas con la negociación entre las partes o, peor aún, entre juez e imputado que tenga por objeto la prueba y la pena... Legalidad, jurisdiccionalidad, inderogabilidad de la acción y del juicio e indisponibilidad de las situaciones penales se desvanecen en definitiva en esta negociación desigual, dejando espacio a un poder enteramente dispositivo que desemboca inevitablemente en el arbitrio...” (cf. “Derecho y razón. *Teoría del garantismo penal*; Madrid; Ed. Trotta; 1995, pp. 608/609).

<sup>94</sup> “...suele causar horror en nuestra sociedad, acostumbrada a dar prioridad a una moral de la amistad – en la que la delación es el peor pecado – sobre la moral pública. No veo tan mal embatir contra una moral siciliana de la complicidad en favor de una moral cívica” citado por RIQUELME, Marcelo A. *El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2017, pág. 99.

<sup>95</sup> ABOSO, Gustavo E.: *El arrepentido en el derecho penal premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, Euro Editores S.R.L., Buenos Aires, 2018, pág. 143; y en *Código Penal de la República Argentina, comentado, concordado, con jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires, 2017, p. 749. En el mismo sentido CHAIA, A. R., en AA. VV. (Coord: Marco Antonio TERRAGNI; Dir. David BALGUN y Eugenio ZAFFARONI, *Código Penal de la Nación y normas complementarias*, Bs.As. Hammurabi, 2007, p. 144.

<sup>96</sup> Cf. SPOLANSKY, Norberto Eduardo, “El llamado arrepentido en materia penal”, *La Ley*, Tº 2001-F. Idem URIBURU, Gregorio Jose: “Análisis sobre la constitucionalidad de la ley del ‘arrepentido’”, en *Revista Jurídica Austral*, Nº 1, Vol. 2 (junio 2021); pp. 81-129.

delictivo e identificar a los responsables – a cambio de una pena más leve, no se está planteando una alternativa en la que la modalidad más grave es un hecho prohibido (la tortura), sino la manera de mostrarle que puede tener un tratamiento más benévolo, basado en un criterio puramente utilitario si aporta datos útiles y eficaces para descubrir el hecho delictivo e identificar a los responsables del hecho"<sup>97</sup>.

El derecho penal premial intenta una respuesta a la criminalidad organizada mediante la implementación de herramientas de investigación propias de una situación excepcional (v.gr. agente encubierto, agente revelador, informante, entrega vigilada, entre otros). Precisamente para enfrentar este tipo de organizaciones criminales, ese el mismo año 2016, se dictó una normativa específica: la ley 27.319 para la Investigación, Prevención y Lucha contra los delitos complejos para los mismos delitos contenidos en el art. 41 ter CP, aunque ésta normativa excluye a los delitos contra la Administración Pública (!), incorporando "herramientas" como el agente encubierto, el agente revelador, informante, entrega vigilada y prórroga de jurisdicción, junto a algunas medidas procesales especiales<sup>98</sup>.

### Varios problemas técnico-jurídicos:

Haremos una breve referencia a las *quaestiones disputatae* que despierta el instituto del "delator premiado". El debate doctrinario y jurisprudencial sobre la reducción o eximición de pena al imputado delator en la sentencia final, ha girado en torno a tres grandes cuestiones: 1. El principio de inocencia, la prohibición de autoincriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*), 2. El principio de igualdad entre imputados y 3. El principio de culpabilidad. La respuesta a cualquiera de estos puntos nos llevará a posiciones antagónicas en favor y en contra de este beneficio otorgado en la sentencia final a favor un partícipe o autor de ciertos delitos complejos.

(1.) El principio de inocencia y la prohibición de no autoincriminación (*nemo tenetur se ipsum accusare*) es una garantía para el imputado delator.

Si el sujeto destinatario de la norma es un imputado como autor o partícipe de un delito, entonces la primera muralla constitucional que se levanta es precepto constitucional del art. 18 CA que enfáticamente expresa "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"<sup>99</sup>, que en la misma

<sup>97</sup> Cf. SPOLANSKY, N.: ob. cit., p. 1434.

<sup>98</sup> Con el mismo objetivo se sancionó la Ley 27.401/2017: Régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas privadas, que permite la celebración de un acuerdo con la fiscalía.

<sup>99</sup> Esta prohibición está tomada de la Enmienda V de la Constitución de EEUU que establece la garantía que ninguna persona será "compelida en un caso criminal a ser testigo contra sí mismo".

norma ratifica el sentido: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos... Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes... ...toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlo más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

El principio *nemo tenetur se ipsum accusare* es la contracara del principio de inocencia que constituye un valor trascendente y fundamento basilar del Estado de Derecho. Para restringir la libertad de una persona el estado debe probar su culpabilidad mediante un proceso justo y sentencia firme de juez natural, fundado en el principio de legalidad penal (*nulum crimen nulla poena sine lege*) contenido en el mismo art. 18 CA (*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa*).

Claramente lo expresa el Art. 8. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH): “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”<sup>100</sup>. Por tanto, corresponde al Estado vencer con pruebas el estado de inocencia.

La larga lucha por el principio de legalidad y, su consecuencia, el de inocencia en materia penal no puede ser tirado por la borda ante la ineficiencia del propio Estado<sup>101</sup>. La presunción de inocencia sólo cede cuando una

---

Garantía que la Enmienda XIV impone respetar a los Estado miembros. Con sólida jurisprudencia de la Corte Suprema de EEUU en casos como *Bram v. US*, 168 U.S. 532 (1897); *Lisenba v. California*, 08/12/1941, 314 U.S. 219 (1941); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1. (1966); el conocido caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970) relacionado a la confesión o negociación de la declaración de culpabilidad (*plea bargain* del sistema anglosajón).

<sup>100</sup> Concordante a tres instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional en Argentina en virtud el art. 75 inc. 22 CA: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14 inc. 2: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, inc. 3: “... Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas. ...g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 11: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”) y la Declaración Americana de los Derechos Humanos (Art. XXVI: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”).

<sup>101</sup> Con contundencia señalan Bernardini-Nieto: “apoyándonos en que el fin no justifica los medios, debe destacarse el hecho de que no puede cargar la persona sometida a proceso con la ineficiencia estatal para investigar. “Investigar un hecho es mucho más que el relato de un sujeto que es todo menos creíble” (Rusconi 2020). El Estado no puede valerse de lo ilícito”, ob., cit. p. 66.

sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada declare la culpabilidad de la comisión de un delito.

Más precisamente, el proceso penal acusatorio, precisamente, está apoyado sobre este principio razón por la cual pone en manos del Ministerio Público la investigación del delito, quien cuenta y debe contar con todos los medios para investigar la verdad<sup>102</sup>. No se yerra demasiado cuando se define al imputado delator como "como "colaboradores con el Ministerio Público" porque deja en manos del fiscal si llevar adelante o no un acuerdo de colaboración y, además, seleccionar con absoluta discrecionalidad a cual los imputados propondrá o aceptará la colaboración.

La incoercibilidad psíquica o moral del imputado es una garantía constitucional y convencional que tiene dos fundamentos: (a) el principio *nemo tenetur se ipsum accusare* y (b) la prohibición de tortura y tratados degradantes.

a.) El principio *nemo tenetur* prohíbe todo tipo de coerción sobre el imputado para que formule una confesión como participe en actos delictivos que lo convertirían en suministrador subjetivo de prueba en su contra.

Cualquier acto del Estado contra la moral es un acto ilegítimo e inválido, de esta guisa, coaccionar, de cualquier modo, la voluntad de un imputado para declarar contra sí mismo o en contra de terceros. La libertad de voluntad de un acusado penal es un valor esencial del derecho penal y de todo el sistema constitucional.

Está prohibido constitucional y convencionalmente compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones verbales que, en todo caso, sólo pueden provenir de su libre voluntad<sup>103</sup>. La Constitución argentina en su art. 18 fulminantemente dice: "Quedan abolidos para siempre.... toda especie de tormento y los azotes". La CADH en su artículo 8.3 dispone que "...la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza...". Todo mecanismo que tienda a alentar la autoincriminación está proscripto por el art. 18 de la C.N., porque si nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, nadie puede tener un peor trato por quedarse callado, mientras otro lleva premio "por hablar".

---

<sup>102</sup> No ha cambiado mucho la figura de estos sujetos como "testigos de la corona", llamados así porque servían a proceso por delitos en perjuicio de su majestad, en general de naturaleza conspirativa, quién ayudaba a descubrir a los demás partícipes y a veces ese testimonio resultaba la única prueba. Vid. ABOSO Gustavo E.: *El arrepentido en el Derecho Premial. Análisis dogmático y práctico sobre la figura del coimputado delator*, Buenos Aires, Editorial Bdef, 2017, pags. 7-8.

<sup>103</sup> Vid. MALJAR, Daniel E.: *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2006.

La Corte Interamericana DH se ha ocupado de interpretar que las declaraciones obtenidas “mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen...”, al ser doblegada su resistencia psíquica (Caso Tibi v. Ecuador, § 198); “...aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo...” (Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México”, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, § 167<sup>104</sup>).

Es sabido, además, que un juicio oral implica una elevada probabilidad de condena, lo que conlleva el riesgo que un imputado inocente llegue a aceptar una culpabilidad de hecho inexistente.

b.) La autoinculpación forzada como tortura: La garantía *nemo tenetur* resulta violentada cuando ha mediado sometimiento a torturas del imputado para doblegar o suprimir su resistencia física y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o declarar bajo coacción.

Para la Declaración Universal de Derechos Humanos, una declaración obtenida bajo esas condiciones se asimila a un caso de tortura (art. 5: “...nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”), asimismo para la CADH (art. 5 inc. 2: Derecho a la integridad personal: “...nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...”); para el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; por el art. 15 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”. Todos estos instrumentos de derechos humanos en Argentina gozan, además, de jerarquía constitucional conferida expresamente por el art. 75 inc. 22 de la CA.

La Corte Interamericana ha advertido que “...en caso de existir evidencia razonable de que una persona ha sido torturada o tratada de manera cruel e inhumana, el hecho de que ratifique la confesión ante una autoridad distinta a la que realizó la acción [de coacción], no conlleva automáticamente que dicha confesión sea válida...”, ya que dicha declaración posterior “...puede ser la consecuencia del maltrato que padeció la persona y, específicamente, del miedo que subsiste después de este tipo de hechos...”

---

<sup>104</sup> Con cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo en los Casos John Murray v. United Kingdom; Jalloh v. Germany; Gafgen v. Germany y Harutyunyan v. Armenia.

(Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México", § 167); la consecuencia de esta coacción es "...la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales". Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles porque el artículo 8.3 de la CADH es claro al señalar que "la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza", es decir, señala la Corte "que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción..." (Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México, § 166; ídem Caso Herrera Espinoza y otros v. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2016, § 193).

En resumen, la Corte Interamericana de DH ha asimilado a tratos crueles, inhumanos, degradantes o actos de tortura cualquier tipo de acción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, es decir, conductas dirigidas al imputado que declara bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente o bien para que ese mal, actual, cese, porque evidencian "...la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes en el momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarlas a autoinculparse, pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral..." (Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México", § 174).

Todo tipo de coacción física, psíquica o moral, cualquier tormento, trato crueles e inhumanos, amenazas, engaños, preguntas capciosas o sugestivas, sueros de la verdad, detectores de mentiras y cualquier acción ejercida sobre o dirigida al encausado afecta su dignidad como persona.

(2.) Principio de igualdad: Como garantía para co-imputado perjudicado y para el imputado que guarda silencio.

Se produce una discriminación entre partícipes del hecho si un co-imputado es beneficiado por la disminución de la escala penal y otro co-imputado que no aportó información no lo fuera (sea porque no las tenía o sea porque no quiso hacerlo).

En efecto, si respecto de quien confiesa hay una "reducción", ello implica necesariamente – en términos comparativos – que para el que no

reconoce su culpabilidad (supóngase, en sí merecida) hay un incremento de su punición. Esta consecuencia desfavorable, constituye una verdadera presión a declarar contra sí mismo so pena de ser incrementada su punición por no declararse culpable. Por consiguiente, todo estímulo a la auto-incriminación implica una lesión al principio *nemo tenetur* del art. 18 CA.

Se lesiona el principio de igualdad cuando se hace depender la pena a aplicar del comportamiento del propio imputado durante el proceso, quien tiene en sus manos la posibilidad de reducir su condena mientras que, en un caso o ilícito semejante, otro sujeto que carezca de información del delito que fue parte, puede recibir una condena mayor, generando una desigualdad entre el delator y el partícipe “ignorante”, abriéndose las puertas a la discriminación o, directamente, a la arbitrariedad porque, a pesar de tener igual culpa, tendrían distinta pena. Como asimismo, los imputados que eligen no acogerse al instituto del arrepentido, serían tratados desigualmente en relación a conservar su libertad durante el proceso.

La objeción de afectación de la garantía constitucional de la igualdad y al debido proceso en sí, se centra en el caso de aquel informante que, imputado por el mismo hecho, recibe una disminución de la pena como contraprestación de la información aportada a través de una suerte de “negociación”<sup>105</sup> con el fiscal durante el proceso penal: uno brinda información y el otro ofrece “rebajas en la pena”. Ciertamente, es discutible su legitimidad penal en razón, precisamente, de esa naturaleza transaccional entre el Estado y un imputado. El “colaborador” no declara bajo juramento, además, su declaración es débil y tiene una verosimilitud minguada porque puede falsear los hechos en su favor en procura de una reducción de la pena y de obtener, durante el proceso, su exención de prisión o excarcelación.

Efectivamente, por estas circunstancias, la sola confesión del imputado colaborador tiene una credibilidad endeble, de lo que resulta deriva que si se constata la falta de correlación entre las manifestaciones del arrepentido y las restantes pruebas obrantes en la causa, el aporte carecerá de todo valor y efecto, pudiendo dar lugar al sobreseimiento de la persona involucrada por el imputado colaborador<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> En Alemania de le llama “testigo de la Corona” por actuar como declarante a ayuda del Ministerio Público (vid. SANCINETTI, Marcelo: “Observaciones críticas sobre el proyecto de ley de tratamiento privilegiado al “testigo de la corona” (¿“arrepentido”?) - Ponencia ante el Senado de la Nación”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 7, pp. 791/818 (ponencia ante la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del H. Senado de la Nación, el 2/9/1997).

<sup>106</sup> Caso Feliz Perez, Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3, Causa N° 1773/2017. 20/3/2018 cit. por Bernardini-Nicolás, p. 68.

Por ello luce inaceptable la preferencia que establece el art. 5 (Criterios para aplicar los beneficios. Para otorgar los beneficios establecidos en el artículo 41 ter del Código Penal, deberá considerarse) que...inc c: "Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término" porque puede haber diferentes grados de participación en el delito y, por tanto, distintos niveles de información y diferentes momentos de acceso al proceso penal.

Propicia una lógica claramente injusta: "el que sabe, tiene premio y el que no, tendrá pena"<sup>107</sup>. En un Estado de Derecho, nadie está obligado a penarse a sí mismo, entonces, tampoco puede sufrir un "aumento de pena" por no declararse culpable, peor aún si un imputado con mayor responsabilidad recibe el beneficio de una pena menor que otro con menor responsabilidad, lo que en el régimen de la ley es muy factible ya que el imputado colaborador "deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido" según el art. 3, segundo párrafo.

El mismo criterio debería seguirse respecto de las medidas de coerción dictadas contando a la delación como único indicador de verosimilitud, porque si bien el artículo 12 de la Ley 27.304 obliga al juez a valorar preliminarmente el acuerdo arribado y la información brindada a los fines de dictar medidas cautelares respecto de las personas involucradas por el imputado arrepentido, en consonancia con el artículo 15, estaría vedado el dictado de una prisión preventiva fundada exclusivamente en los dichos del delator.

Como hizo notar Sancinetti "este tipo de regulaciones alientan a decir lo que sea para obtener el mejor tratamiento procesal y sustantivo posible. Ello, al margen de que ubica al Estado en un lugar despreciable – explotando la miseria humana –, trae otros problemas. El más evidente es que su aplicación selectiva afecta el principio de igualdad (artículos 16 CA y 24 CADH)"<sup>108</sup>.

(3.) Principio de culpabilidad: En materia de culpabilidad penal, para la graduación de una pena *justa*, se exige que el autor de delito, no obstante estar en condiciones de conocer y comprender la criminalidad de su acto, lo ha llevado a cabo. En el arrepentido, el comportamiento del autor es *ex post* al hecho ilícito pero, sin embargo, incide sobre la escala penal, poniendo de relieve que el beneficio penal no lo es en función del bien jurídico protegido sino se funda en un acontecimiento posterior: la contribución o aportes del propio imputado.

<sup>107</sup> Cf. Bernardini-Nicolás, ob.cit., p. 67.

<sup>108</sup> Cf. SANCINETTI, Marcelo: Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de "Arrepentido" y de "Extinción de Dominio" (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016, a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha), Buenos Aires, 16/8/2016.

Pero no puede negarse valor a aquel comportamiento posterior del imputado que aporte datos o información que contribuyan a (1) evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; (2) esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos. Esta hipótesis, aunque se aproxima al desistimiento de tentativa, sin embargo se diferencia porque ya existe un hecho punible razón por la cual no podrá haber eximición de la pena. Estamos ante un supuesto en que, habiéndose ya configurado un hecho punible en el que ha participado un sujeto, sin embargo, éste con posterioridad brinda información “evita o impide el comienzo, la permanencia o la consumación del delito”, por ejemplo, proporciona información del lugar donde se halla una persona de cuyo secuestro participó con lo que posibilita el cese del hecho delictivo. Estamos ante un *comportamiento posterior al hecho*, que permite una eficaz protección del bien jurídico, que permite, razonablemente, que sea tomado en cuenta por el juez como atenuante para la medición de la pena<sup>109</sup>.

### **El funesto beneficio de la excarcelación o eximición de prisión:**

Sin entrar a seguir profundizando en aquellas cuestiones dilemáticas, hay un punto de inflexión en el sistema del “imputado colaborador” recogido por la ley 27.304 que derrumba toda construcción jurídica: si, en el transcurso de un proceso penal por determinados delitos complejos, se ofrece al imputado, la posibilidad de acceder, no a la reducción o eximición de la pena en la sentencia al final del proceso, sino a otro beneficio: la excarcelación (si se encuentra detenido) o la eximición de prisión (si no lo estuviera aún) durante el proceso penal.

Este punto de quiebre del sistema está contenido en el art. 4: “Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes”.

La normativa sobre la reducción de la pena en la sentencia final en beneficio del delator premiado puede ser controvertida con razones y argumentos a favor y en contra. Pero todo se trastoca ante una pregunta clave: ¿si la promesa a un imputado de un posible beneficio de excarcelación (para el quien ya esté con prisión preventiva) o de eximición de prisión (para quien esté en libertad pero puede ser detenido con prisión preventiva) no constituye un acto de coacción moral o psíquica?

---

<sup>109</sup> También es pertinente diferenciar si la información contribuye al esclarecimiento o a evitar mayores o mas graves consecuencias por el delito.

Algunos sostienen, como Uriburu que “Partiendo desde una interpretación sistemática del conjunto de las normas que regulan la prisión preventiva, es fundamental destacar que este artículo resulta superabundante, es decir, podría no estar y en nada cambiaría el sistema jurídico de la prisión preventiva”<sup>110</sup>. Pero ninguna norma es superflua. Además, sería una ingenuidad darle un valor inocuo a esta habilitación, en el fondo al fiscal para pedir al juez, en base a consideraciones anticipadas de la probabilidad de la reducción de la escala penal, la excarcelación o eximición de prisión al imputado colaborador. Si no hubo clara intención coactiva, sería, cuanto menos, un *lapsus calami* del legislador. De lo contrario, habría bastado con no incluir este art. 4 para que rijan, sin sospecha ni consecuencias, las normas procesales generales en materia de prisión preventiva<sup>111</sup>.

La jurisprudencia ha eludido responder a este interrogante con el argumento fácil que es una decisión tomada por el legislador que no puede ser cuestionada por los jueces en razón del principio de separación de poderes. Claramente, es una respuesta insatisfactoria porque, precisamente, la función de la jurisdicción constitucional (en este caso los tribunales de justicia) es corregir los errores de las normas dictadas por el legislador que se apartan de los principios constitucionales.

Aclaremos. Se tratan de dos beneficios distintos: a) la reducción de pena al final en la sentencia; b) excarcelación o eximición de prisión, anticipadamente, durante el proceso penal.

El “Acuerdo” con el imputado colaborador con la promesa legal de una posible excarcelación o eximición de prisión es el talón de Aquiles del régimen jurídico del “delator premiado” en Argentina, porque abre una expectativa legal que tiene indudable impacto en el estado emocional de un imputado que se halla privado de libertad o está en camino de perderla.

La falla del art. 4 de la ley consiste en la indubitable coerción que se ejerce sobre la libertad del imputado para “colaborar”. Recordemos que el arrepentido es un sujeto autor o partícipe de un delito que está imputado en un proceso penal que conlleva la pena privativa de libertad, o sea, un procesado que ya está detenido con prisión preventiva o, estando en libertad, fue citado a declarar como imputado con el riesgo cierto por la naturaleza del delito de quedar detenido con prisión preventiva. Frente a la posibilidad de obtener la excarcelación o la eximición de prisión, el pavor de continuar detenido o ser detenido inhibe toda posibilidad de colaboración libre y voluntaria. La expresión contenida en el texto cuando dice “cuando la

---

<sup>110</sup> Cf. Uriburu, ob.cit., p. 99.

<sup>111</sup> El nuevo Código Procesal Penal Federal (Ley 27.061/2014 modif. por Ley 27.482/2019) contiene normas muy precisas en materia de prisión preventiva relativos al riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación (arts. 210, 221 y 222).

reducción de la escala penal *aparezca como probable...*”, es criticable pues supone desde ya un adelantamiento de un juicio de verosimilitud que debería dejarse para el final, en la sentencia.

Con el riesgo adicional que, en su condición de imputado no está obligado de decir la verdad, hasta puede llegar a mentir sin que esto conlleve un agravante de la condena. Esta norma tiene un solo propósito: inducir a declarar con la promesa de un beneficio, a cambio de una información puede llevar a la excarcelación o la eximición de prisión. Esta posibilidad es irresistible para cualquier persona. Ignorarlo es negarse a ver una realidad humana irrefutable, potenciada exponencialmente por el estado de hacinamiento y deplorable de los centros de detención.

No se puede ignorar que el sistema penitenciario en Argentina, y en Latinoamérica en general, es calamitoso. Basta con echar una mirada a los numerosos casos que ocupó a la Corte Interamericana en esta problemática (Caso Neira Alegría y otros v. Perú, Sentencia de 19 de enero de 1995; Caso Castillo Petrucci y otros v. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1992; Caso Cantoral Benavides v. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2003; Caso Durand y Ugarte, Sentencia de 16 de agosto de 2000; Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” v. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004; Caso Andrade Salmón v. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay.e innumerables Medidas Provisionales: Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil, Resolución de la Corte Interamericana de 18 de junio de 2002 y 21 de Setiembre de 2005; Asunto Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2007).

El mal estado de las cárceles y de los alojados en ella en Argentina provocó la intervención de la Corte Interamericana (Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013) condenando al país, entre otros, por la falta de adecuada atención médica a uno de los niños mencionados; por haber sometido a las personas a actos de tortura, hechos ocurridos en tribunales y penitenciarias tanto nacionales como provinciales (provincia de Buenos Aires, de Mendoza), por ejemplo, sobre el estado de las cárceles en esta provincia: Asunto de las Penitenciarías de Mendoza<sup>112</sup> respecto Argentina.

---

<sup>112</sup> Incluso en el 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realizó una visita para supervisar la implementación de la medida cautelar otorgada a favor de los Complejos Penitenciarios de Almagro y San Felipe y dar seguimiento al acuerdo de solución amistosa

Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004<sup>113</sup>.

En Argentina la problemática de los detenidos con prisión preventiva en comisarías policiales y en lugares inadecuados, en condiciones sanitarias infrahumanas y de hacinamiento, llegó hasta la Corte Suprema de Justicia nacional – luego de transitar por los tribunales de la provincia de Buenos Aires – a través de un Habeas Corpus Colectivo que asimiló el agravamiento de las condiciones de detención con un trato cruel, inhumano o degradante (Fallos 328:1146 del 03/5/2005). Este estado de cosas no ha mejorado a estar con una reciente sentencia de la Corte argentina por la misma causa ("Recurso de hecho deducido por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", Fallos 344:1102 del 03 de mayo de 2021).

El pánico a perder la libertad o hallarse detenido en lugares de reclusión de condiciones inhumanas, es una verdad inconcusa pues no hay que ser un criminólogo avezado, para saber el efecto coactivo que degrada la genuinidad de una voluntad que debe ser expresada con libertad y autenticidad. La expectativa de evitar la prisión preventiva o acceder a la excarcelación de quien esté detenido o en vías de estarlo, es un condicionante tan fuerte que vicia la voluntad<sup>114</sup>. En definitiva es una vía oblicua para obtener una confesión coactiva.

Esto nos remite al debate iusfilosófico reseñado más arriba sobre la libertad de un imputado durante un proceso penal porque, en un Estado constitucional, la prisión preventiva es de aplicación restringida, sólo excepcionalmente<sup>115</sup> si resulta indispensable y necesaria para asegurar el resultado del proceso ante la existencia de peligro real de fuga u obstaculización de la investigación.

En suma, es un derecho humano del imputado permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso penal (arts. 14, 18 y 75 inc. 22 CA) en razón del principio de inocencia que implica la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (art. 8.2 y art. 7.5 de la CADH).

---

del caso 12.532 sobre las Penitenciarías de Mendoza (Solución Amistosa. Argentina. Internos Penitenciarías de Mendoza 21 de julio de 2011).

<sup>113</sup> La Argentina recibió otras condenas por restringir la libertad del imputado sin condena durante el proceso (Caso Romero Feris v. Argentina, Sentencia del 15 de octubre de 2019; Caso Jenkins v. Argentina, Sentencia del 26 de noviembre de 2019).

<sup>114</sup> Cf. SANCINETTI, Marcelo, "Observaciones Críticas sobre el Proyecto de ley de tratamiento privilegiado al 'testigo de la corona' ('¿arrepentido?')", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, N° 7, p. 816.

<sup>115</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en Argentina, tiene jerarquía constitucional estatuye en art. 9 inc. 3º "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...".

Una prisión preventiva sólo puede estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia...” lo advirtió la Corte Interamericana (Caso Bayarri vs. Argentina, citando la causa Chaparro vs. Ecuador).

Se ha preocupado la Corte Interamericana por señalar la particular vulnerabilidad en que se encuentran las personas privadas de su libertad (Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000; Caso de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros v. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004; Caso Tibi v. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso López Álvarez v. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006).

No cabe duda que la figura del arrepentido provoca en el imputado una coacción moral porque lo induce a una disyuntiva psíquica: aceptar el “acuerdo de colaboración” para obtener o conservar la libertad durante el proceso o, de lo contrario, si no lo hace, ser detenido o mantenerse en prisión preventiva. Una presión inaceptable, éticamente repudiable en un Estado Constitucional de Derecho, fundado en la libertad individual y, consecuentemente, en el principio de inocencia. Constituye una distorsión de las dos causales admisibles para disponer una prisión preventiva: riesgo de fuga o de interferencia en la investigación. No debe servir de amenaza para violentar la voluntad de un imputado quien es libre de no declarar y hasta de falsear los hechos. De nada sirven los resguardos procesales cuando un sujeto está detenido o amenazado de estarlo.

### **Un problema procesal de competencia jurisdiccional:**

La ley 27.304 ofrece una dificultad adicional en su operatividad judicial. Argentina por ser estado federal, al igual que Brasil, atribuye al Congreso nacional el dictado del Código Penal (art. 75 inc. 12 CA). En consecuencia, toda la normativa legal en materia penal es de competencia del Estado federal, pero su aplicación por regla general está en manos de los tribunales provinciales.

La jurisdicción federal es de excepción por tanto intervienen los tribunales federales o nacionales (de la Capital Federal) cuando sea de competencia federal o nacional en razón de la persona, la materia o del lugar (en la Capital Federal o en establecimiento de utilidad nacional v.g. Universidades nacionales). Podrá advertirse desde ya una dificultad operativa.

En resumen, la normativa penal de fondo (Código Penal y otras leyes penales) es competencia del Congreso nacional pero la normativa procesal penal adjetiva está en manos de los Estados provinciales quienes dictan sus propios Códigos de Procedimientos penales. Por consecuencia, hay 23 Códigos de procedimientos penales (uno en cada provincia) y un Código Procesal Penal Federal<sup>116</sup> (para delitos federales y para la Capital Federal).

Entonces, a figura del imputado arrepentido contenida en los arts. 41 ter y 276 bis del Código Penal son aplicables en ambas jurisdicciones.

La mayoría de los delitos autorizados por el art. 41 ter, segundo párrafo son delitos federales: narcotráfico (art. 34 Ley 23.737<sup>117</sup>); delitos aduaneros: contrabando; delito de trata de personas y secuestro extorsivo; delitos de lesa humanidad; delito de lavado de activos de origen ilícito y otros delitos financieros bancarios; delitos contra la administración pública nacional; terrorismo. Por tanto, queda reducida a unos pocos delitos aplicables en el ámbito provincial por los tribunales penales locales como delito de asociación ilícita (art. 210 y 210 bis), contra la integridad sexual (art. 125, 125 bis, 126, 127 y 128 CP) y delitos contra la administración provincial (Título XI y art. 174 CP), ambos recogidos expresamente el propio catálogo del art. 41 ter CP.

Pero esta aplicabilidad por la jurisdicción provincial de la figura para estos delitos para su eficacia exige su inserción en los procesos penales que se llevan a cabo conforme los Códigos Procesales Penales provinciales.

Como vimos la estructura normativa de la ley 27.304 es compleja porque junto a dos normas que se insertan en el Código Penal (art. 41 ter y

---

<sup>116</sup> Recientemente por ley 27.063/2019 se sancionó un nuevo Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019) que en realidad se trata de un cambio de denominación pero realiza modificaciones del anterior Código Procesal Penal de la Nación (Ley N° 23.984/1991) para introducir progresivamente el proceso acusatorio, poniendo en manos de una Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación (previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y con el Consejo de la Magistratura de la Nación) el cronograma de su implementación progresiva. Tal es el desconcierto que por Ley N° 27.482/2019, se incorporó en el nuevo CPPFederal un nuevo Título VII: Acuerdos de colaboración (arts. 175 quinquiesdecies a 175 octiesdecies) que realiza una transcripción del contenido de la ley 27.304. En lugar del polémico art. 4, el art. 175 octiesdecies realiza una formulación más ambigua y general: "Cuando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines del cese de las medidas de coerción privativas de la libertad, de acuerdo a las normas procesales comunes".

<sup>117</sup> Esta norma permite que las provincias puedan asumir esta competencia en las condiciones y con los alcances que estipula la norma, llamado desfederalización del narcomenudeo. Hay provincia que lo aceptaron (Buenos Aires, Córdoba, Salta, Chaco), algunas lo condicionaron (Entre Ríos, La Rioja) y otras se resisten (Tucumán).

276 bis) – aplicables en ambas jurisdicciones judiciales – se engarza a un micro-procedimiento incidental que forma parte intrínseca del sistema.

En concreto, las disposiciones de los artículos 3 a 16 la ley 27.304 son obligatorios en jurisdicción federal, sin embargo plantea problemas con la operatividad de aquellas dos normas penales en el orden provincial. Esto lo advirtió el legislador nacional razón por la cual introduce una fórmula desconcertante al final del texto, en el art. 18 en estos términos: “Invítase a las provincias a adoptar las normas procesales correspondientes a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Como consecuencia de esto, algunas provincias realizaron modificaciones a su Código Procesal Penal para receptor esta figura en el curso del proceso penal (Córdoba: arts. 360 ter al 360 octies de su CPPP); Jujuy: arts 103 bis, 103 ter, 321, inc. 5 de su CPPP). Sin embargo, aquellas provincias no dictaron ninguna disposición para “concordar” en su normativa procesal penal a la ley, deja flotando la incertidumbre si se procede su aplicación inmediata o es necesario contar con una norma legal provincial que recoja esta figura.

La aplicación del beneficio en el final del proceso con el dictado de la sentencia genera pocas dudas, mientras que la excarcelación o eximición de prisión, presenta los serios reparos jurídicos porque la regulación de las medidas cautelares es atribución provincial no delegada entonces. Surge inmediatamente la pregunta ¿en qué medida, la celebración del “acuerdo de colaboración”, el proceso de homologación por el juez de la causa y demás requisitos procesales de la ley 27.304 no configuran una extralimitación inconstitucional del legislador nacional?.

La ley 27.304 no es de aquellos regímenes legales que requieren la adhesión por las provincias para su operatividad local. Fue cauto el legislador nacional al expresar que “invita” las provincias a adoptar las normas procesales a los efectos de concordarlas con las disposiciones de dicha ley.

La jurisprudencia provincial es contradictoria sobre este asunto: algunos tribunales se pronunciaron por la no aplicación del instituto en ausencia de normativa procesal local<sup>118</sup>, y otros tribunales propiciaron su aplicación<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> Provincia de Córdoba: Juzgado de Control y Faltas N°7 en Causa “A., J. M. y otros p. ss. aa. asociación ilícita, etc. p/agregar” (2018); Provincia de Buenos Aires: Tribunal de Casación Penal, Sala V en Causa “O. C., Daniel s/ recurso de queja interpuesto por Fiscal General C. 96486/2020” (2020).

<sup>119</sup> Provincia de Buenos Aires: Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata, en Causa “F., J.O. s/Incidente de apelación” (Reg. 324R c. INC-30016-1.) (2020); Provincia de Tucumán: Juzgado de Instrucción Penal N° 1º de San Miguel de Tucumán en Causa “J.A.N.M. y otros s/ Enriquecimiento Ilícito y otros delitos” (2018).

### Conclusiones:

Podríamos realizar el análisis de esta normativa desde distintos planos, pero el resultado sería el mismo: una polémica inagotable.

Lo cierto y concreto es que el art. 4 en cuanto posibilita la excarcelación o exención de prisión a un imputado "colaborador" provoca en éste un vicio de voluntad que daña todo el sistema legal. Con el agravante, a tener muy en cuenta, que en el sistema procesal penal argentino, únicamente el fiscal, en cuyas manos está seleccionar y celebrar un acuerdo con el imputado, puede pedir medidas cautelares al juez.

La objeción de fondo al régimen de la delación premiada desde la perspectiva iusfilosófica ha sido magistralmente expuesta por Ferrajoli "el gigantismo procesal ha representado a su vez un terreno propicio para cualquier abuso posible. Es sobre todo gracias a ello como ha podido desarrollarse el perverso maridaje entre prisión preventiva y colaboración premiada con la acusación: la primera, utilizada como medio de presión sobre los imputados para obtener de ellos la segunda, y esta, como instrumento de ratificación de la acusación, a veces más allá de toda verificación e incluso de los careos con los coimputados denunciados. Este maridaje se ha revelado en la práctica como una fuente inagotable de arbitrariedades"<sup>120</sup>.

En el plano de los derechos humanos comprometidos: la libertad de un imputado y el derecho a persecución penal de la sociedad, siguiendo a Alexy advertimos que el sacrificio que se impone al primero no guarda una razonable relación de proporcionalidad con el beneficio social que se obtiene por el otro (represión de delitos). En el *blancing* tenemos, por un lado, el principio de inocencia, que sólo puede ser desplazado por el Estado luego de un proceso que pruebe la culpabilidad y sentencia firme de juez natural y, por el otro, el derecho colectivo a la sanción penal de delitos complejos. Claramente prevalece el resguardo de la dignidad de la persona sobre el segundo ya que éste puede y debe disponer de otros medios menos gravosos que permitan llevar a cabo una investigación criminal, que evite la lesión del primero, intrínsecamente más relevante.

Desde el plano de la política penal en materia de delitos complejos y organizaciones criminales, compartimos la opinión crítica de Bernardini-Nicolas "frente a quienes relativizan la necesidad de aplicarle pena al arrepentido por el delito que cometió, contraponiéndola a la urgencia de contar con información sobre organizaciones delictivas que trascienden la persona del informante, es dable señalar que se trata de un falso dilema. No hay razón válida que

---

<sup>120</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi: Derecho y Razón, Madrid, Trotta, segunda edición, 1997, pp. 823-824.

justifique preferir la impunidad del que delata por sobre la del que hace uso de su derecho constitucional y se niega a declarar<sup>121</sup>.

Desde una perspectiva voluntarista se advierte que la *mens legis* es proporcionar a la investigación penal una herramienta que sirva para desentrañar delitos complejos y bandas criminales organizadas<sup>122</sup>.

A la vista de las sucesivas normas penales de este género dictadas surge como inevitable reflexión que el legislador argentino ha actuado reactivamente frente hechos delictivos de trascendencia pública (2000: leyes sobre terrorismo y lavado de activos; 2016: leyes del arrepentido, investigación de delitos complejos, responsabilidad penal de personas jurídicas).

Si nos detenemos a observar con atención el diseño del conjunto normativo de ley 27.304 se advierte que, luego de incorporar dos nuevos artículos del Código Penal, salta a la vista un exagerado afán del legislador de rodear de garantías al “acuerdo de colaboración”. Revela una especie de *horror delictum* que conduce a un meticuloso micro proceso autónomo de tipo incidental<sup>123</sup>. Se quiere la herramienta, pero se teme que se llegue a afectar principios fundamentales del Estado de Derecho. Un verdadero “pentimento”<sup>124</sup> del legislador, absolutamente comprensible porque la historia reciente argentina está jalonada de torturas y delitos de lesa humanidad para obtener confesiones, muy frescos en el inconsciente colectivo.

Sin embargo, ese estado de tribulación el legislador incurre en un *lapsus calami* deletéreo, al permitir la excarcelación o exención de prisión durante el proceso al imputado delator (art. 4), con lo que la ya frágil construcción jurídica del delator premiado se derrumba como castillo de naipes.

Cierro con palabras de Díaz Cantón que resumen este estudio: “con un eufemismo, los legisladores procuran, sin lograrlo, disimular el fracaso del sistema penal, cuya impotencia para descubrir el delito y sancionar a sus autores lo compele a pactar con ellos para lograrlo. O, peor, para encubrir con un artificio semántico benevolente una práctica deleznable”<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> Cf. BERNARDINI-NICOLÁS, ob.,cit., p. 66.

<sup>122</sup> Una opinión muy extendida en asunto de narcotráfico es que el delator se inhibe por temor a la represalia a su persona y familiares.

<sup>123</sup> Contrasta, por ejemplo, con el Código Penal alemán que en una sola norma (§ 46b. Ayuda para esclarecer o evitar hechos punibles graves) contiene la figura limitada a la reducción final de la pena en la sentencia. Vid. Sancinetti, ob.cit., p. 18-19.

<sup>124</sup> Se denomina en pintura “pentimento” cuando en un cuadro se advierte que debajo de la imagen final se oculta otro diseño del autor que, sin embargo, salta a la vista de un observador avezado.

<sup>125</sup> Cf. DIAZ CANTON, Fernando: Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”, ob.cit., p. 21.

# FRANCE: THE PENAL STATUTE OF FRENCH SOLDIERS ENGAGED IN MILITARY OPERATIONS ABROAD

**PIERRE BRICARD**

Former French civil judge currently retired

France commits numerous military contingents all over the world in execution of international mandates or bilateral agreements. Within the framework of these international operations, the criminal aspect of the activity of the French soldiers based abroad remains, despite everything, under French jurisdictional control. Indeed, French soldiers are normally tried by the judicial Court of Paris, which can only apply the substantive and procedural rules of French common law<sup>126</sup>; thus, offenses committed by French soldiers abroad are established and investigated by the Provosts<sup>127</sup> under the direction and control of the Public Prosecutor of Paris who decides on the appropriateness of any prosecution.

However, in terms of legal theory, it is possible to question the legal framework of the action of French soldiers abroad and the conformity of their action with the rules of international and domestic law.

## **I. The legal framework for French troop action abroad.**

The activity of the French troops projected on theaters of operation outside the national territory is based on an international mandate which delimits the perimeter and the limits of their action. This mandate authorizes particularly the use of legal weapons but obviously any abuse may be criminally appreciated.

The legal justification for the action of the French armed forces outside the national territory comes essentially from the Charter of the United Nations, integrated into French law by the article 55 of the Constitution of the October 4, 1958. In this context, France may first and foremost and pursuant to Article 51 of this Charter, exercise its right of self-defense for itself or for an allied nation victim of aggression. France is part of the North Atlantic alliance in Europe but applies many defense agreements particularly with counties of Africa too.

---

<sup>126</sup> On this subject, see the complete article published in the journal AIJM n° 8 of December 2012 (pages 88 to 123) on military justice in France.

<sup>127</sup> The Provosts are French gendarmes (military policemen) specially trained to ensure the military and judicial police abroad. On this subject, see AIJM article on the role of French Provosts in OPEX.

However, there is no universally accepted definition of armed aggression. The General Assembly of the United Nations adopted a resolution on this question in 1974. The list of acts of aggression contained therein is not exhaustive and has declarative value, the Security Council being competent to qualify a situation of armed aggression<sup>128</sup>.

Most often, France may also take part in an armed operation within the framework of a mandate defined by the United Nations Security Council. These operations may have very varied objectives; it is thus possible to distinguish between peacemaking operations, peace enforcement operations, peacekeeping operations. These operations are often followed by peace-building operations.

The peacemaking operation is conducted after the outbreak of a conflict with the aim of reaching a ceasefire or a peaceful settlement. The restoration of peace mainly involves diplomatic measures such as the provision of good offices, mediation, conciliation or actions of diplomatic pressure, isolation or economic sanctions. At this time the topic example is the war in Ukraine.

Peace enforcement operations are coercive in nature; they are conducted pursuant to Chapter VII of the United Nations Charter and decided when the consent of one of the parties to the conflict is uncertain or fragile, admittedly obtained on the political level but not respected on the ground. These operations are designed to restore peace or impose the terms defined in the mandate, while maintaining the impartial character of the operation. These operations can be implemented to oppose a perfectly identified aggressor and lead to the pursuit of war objectives. The armed forces which are sent in order to intervene are then in a situation of belligerence and applies the law of armed conflict. Examples of imposing peace were international coalition to liberate Kuwait in 1990-1991; NATO operations in Serbia and Kosovo in 1999, in Afghanistan since 2001 and in Libya in 2011.

Peacekeeping operations are multifunctional operations with a strong military component whose purpose is to facilitate the implementation of a peace agreement or a ceasefire. Such an operation is usually conducted under Chapter VI of the United Nations Charter and with the consent of the parties to

---

<sup>128</sup> By way of example, General Assembly resolution 3314 cites the following acts as constituting acts of aggression: "The invasion or attack of the territory of a State by the armed forces of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory or part of the territory of another State; (...) The dispatch by or on behalf of a State of armed gangs or groups, irregular forces or mercenaries which engage in acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts enumerated herein above, or engaging in any substantial way in such action."

the conflict. The most main recent topical example is the deployment of IFOR (implementation force which ended on December 20,1996), then SFOR (stabilization force), in Bosnia-Herzegovina. The principles of the mandates were established by the signing of the Dayton Accords in December 1995<sup>129</sup>.

A peacebuilding operation aims to prevent the causes of conflict from reoccurring. So, it aims to prevent the outbreak, escalation, continuation and recurrence of violence; it may take place before, or after conflicts. In addition to a lighter and more discreet military occupation securing the civilian population and the still fragile institutions of the country, it presupposes supervision and training of local law enforcement as well as long-term support measures of a political, economic or social nature in order to strengthen an environment conducive to lasting peace<sup>130</sup>. Thus, it is a long-term and collaborative process, as it involves changes in attitudes, behaviors, institutions and legal framework.

The vast majority of overseas operations in which the French army took part concerned operations to impose peace, maintain or consolidate peace, sometimes restoring it. In these operations, five specific legal frameworks may regulate the activity of armed troops abroad. It may be the U.N., O.T.A.N., O.T.A.N. acting as a delegation from the UN Security Council, the European Union or even a bilateral agreement between France and the host State.

The problem is that these external operations (OPEX) take place, most of the time, without any declaration of war by Parliament; so, we are therefore legally speaking still in peacetime, whereas concretely on the ground of operations we sometimes find ourselves *de facto* in a situation of open conflict.

In principle, there are the provisions of French national penal code and some peacetime provisions of the French military justice code that are applied;

---

<sup>129</sup> Other former examples of maintaining peace are the deployment of ONUSAL to El Salvador, in June 1990, to verify the application of the San José agreement on human rights; the deployment of UNTSO in the Middle East since 1948; the deployment of UNFICYP to Cyprus in March 1964; the deployment of UNTAC in Cambodia from 1992 to 1993. Examples of consolidating peace are: ongoing UN Missions in Afghanistan (UNAMA), Iraq (UNAMI), Lebanon (UNSCOL), Middle East (UNSCO), Guinea-Bissau (UNIOGBIS), Burundi (MENUB), Libya (UNSMIL), Somalia (UNSOM), Central Africa (BRENUAC), West Africa (BRSAO), Central Asia (UNRCCA).

<sup>130</sup> In 2007, the Secretary General of the United Nations defined peacebuilding as follows: "Peacebuilding comprises a series of measures intended to reduce the risk of falling or falling back into a situation of conflict by reinforcing at all level's national capacities for conflict resolution, and to lay the foundations for lasting peace and sustainable economic development. Peacebuilding strategies must be coherent and adapted to the specific needs of the country concerned, considered by this country, and should consist of a relatively limited set of activities, carefully prioritized and sequenced to achieve the set objectives."

but even if they can most of the time be adapted to a more or less peaceful environment, they may seem unsuitable in the particular cases of an armed confrontation that has become inevitable. Indeed, this uncomfortable legal framework for our troops may limit their operational capacities in a very uncertain environment, most senior military officials considering that they would have much greater leeway for maneuver if they were only limited to applying the basic international rules of armed conflict.

In this last situation of more or less coercive activity of the French armed forces in a foreign country, the activities of these forces certainly find their legal basis in the terms of the agreement or the mandate. The mandate can derogate from some procedural provisions of our national law. For example, the military authorities, in order to carry out their mission, can declare a curfew, or carry out searches and seizures of weapons or explosives in private places without judicial authorization. However, the substantive provisions of the French penal Code would continue to apply, in particular with regard to the rules for opening fire subject to the strict conditions of the self-defense of persons or property or more generally of a state of necessity.

The legal framework resulting from the mandate also usually involves the definition of a statute for the armed forces of occupation; this specific status constitutes a factor of legal certainty, insofar as the soldiers most often find there the benefit of a privilege of jurisdiction. This privilege of jurisdiction obviously does not mean a guarantee of impunity: if the members of the armed forces engaged in the operation escape local jurisdictions they fall under the provisions of their own national law and their respective jurisdictions.

Schematically, the general rules internationally defined in the treaty or the agreement have a value superior to the internal law, but the abusive individual behaviors considered as detachable from these rules and likely to receive a criminal appreciation remain punished according to the French penal code or other special military penal laws. However, unless it is a matter of obvious criminal behavior such as rape or looting or acts manifestly contrary to the laws of war, the assessment of the correct individual behavior of a soldier is sometimes difficult in the light of the interpretation of the rules set by the mandate. Nevertheless, the French military hierarchy cannot ignore the precise legal framework of the mission entrusted to it because this interpretation is declined in detail by a very complete and exhaustive list of directives and recommendations commonly called the rules of engagement (ROE); all soldiers are required to comply with them so that they are incurring their disciplinary responsibility if they don't execute correctly.

**I.1 The rules of engagement (ROE) govern very precisely the action of soldiers in combat but having not a legal value can't be applied by the French judges.**

In application of these international agreements, the action of the armies is thus framed by very precise military instructions that are written by the international staff. These rules are recalled and adapted to each special military operation in a written order which is verified and signed by the legal advisor of the local commander.

These instructions, called "rules of engagement" (ROE), are only military instructions which define in advance the circumstances and the limits of the use of force. They are presented in the form of a general catalog of authorizations and prohibitions, with options that can be adapted to the circumstances in a particularly part. Thus, they are recalled and most often appended to every operation plan adopted by the local commander to fulfill the specific military operation he has decided on.

As said above they are only military instructions. However, it is sometimes sought to elevate these practical instructions into supranational norms deriving from the international mandate. This doctrinal analysis is in fact the result of circumstantial academic reasoning, but it does not seem to be consistent with the application of our basic principles of French national penal law. Indeed, their legal scope is discussed.

Firstly, this theory is not based in France on any precise and explicit constitutional or legislative text; this is why it was difficult for the French penal judge to refer to it without infringing the principle of legality of crimes, offenses and penalties. Moreover, it is often stipulated in the preamble to ROE of multinational forces that these rules can never be contrary to the national law of every national force engaged. In case of contradiction, the nation concerned must make known its restrictions and reservations.

Secondly, these simply military rules of conduct are covered by the mandatory provisions protecting defense secrecy. They can never be directly produced by the parties in court to justify their argument and the penal judge cannot even allude to it *ex officio* in the reasons of his decision. In France, the violation of this secrecy is a serious offence punished of 5 years of prison and a fine of 75 000,00 Euros. Moreover, the public Prosecutor, the judge or the Court can't access these international documents without the authorization of the international organism which wrote them. If they are national documents the Public Prosecutor or the judge must ask the authorization of the Minister

concerned who must also refer the advice of a special administrative commission<sup>131</sup>.

Admittedly, these precise ROE are inspired by an international corpus of the law of armed conflict, most of whose provisions have recently been integrated and adapted into our criminal code. It is however not possible to accept the theory of exemption of criminal liability of a soldier applying ROE by invoking the supranational aspect of these technical standards. Insofar as they constitute unilateral recommendations, devoid of publication, moreover classified and therefore judicially inaccessible, they are generally considered in France as having not normative legal scope and value.

These ROE therefore do not formally constitute a legal order of the hierarchy, within the meaning of French criminal law, but can be considered as general recommendations from the legitimate authority.

Nevertheless, as they are also based on fairly general and basic rules of the international law of armed conflict accepted in principle by France, we can presume that these internal regulations of the army are not in contradiction with our law and are in fact superimposed on the rules of our internal penal law which set them out with precision. Besides, contrary to what some scholars seem to assert, the rules of the international law of armed conflict also apply in peacetime insofar as they are now incorporated into our penal code. It is a body of minimum rules based on respect for populations or persons or protected property and specific establishments during an armed conflict of any kind. It is simply up to the Paris Court to examine the criminal aspect according to the substantive rules of French domestic law, which has integrated all the incriminations of the international law of armed conflict very precisely described by the statute of CPI and integrated in the French penal code.

However, this problem of applicability in French domestic law is the subject of a very lively debate within the French military hierarchy which denounces the legal insecurity of these ROE devoid of value at the level of the judicial authorities. They insist on the fact that the simple accomplishment of the mission in execution of the ROE determined by the staff of the multinational force can lead to the use of lethal force which could exceed the limits of French law of self-defense persons and especially the self-defense of property, while the national legislation of the other components of the force is generally more permissive.

---

<sup>131</sup> See my article published in the magazine AMAJME n° 115 of September/October 2015 "A justiça francesa face ao segredo de Estado".

Admittedly, these rules are in fact secret military instructions, considered only as imperative “instructions” intended to guide the action of the soldier in the ordered operation, so that the military hierarchy think that leads to some insecurity in the orders given to the soldiers. However, this legal uncertainty must be relativized by the fact that the writers of the ROEs must ensure that they do not conflict with either the mandate, nor especially with the French national penal standards and those of each component of the engaged force. Such is the role of the legal adviser of the force commander who must verify and validate these standards applied to a military operation before it is carried out, taking into consideration the stipulations of the treaty or international convention and the precise provisions of each national criminal law.

## **1.2 The provisions of the French penal code must be applied by the Public Prosecutor and the Paris Court.**

Consequently, judges cannot support their arguments on these rules of engagement, which have no legal value in domestic law, the general principle therefore only being the application of French penal common law.

Indeed, French forces are supposed to act in peacetime in the absence of any declaration of war by Parliament, so that all the rules of the French common law penal code must apply without restriction. Even if the defense code now includes some ad hoc legal recommendations, there is not in fact in French law a general corpus of specific rules applicable to soldiers deployed in overseas operations in peacetime.

### **1.2 .1 French soldiers must respect the national penal code.**

The application of the general provisions of the French penal common code which regulate very precisely the individual behavior of all citizens is the main particularity of the penal statute of the French soldiers.

Indeed, it should be noted that in France, unlike other countries, there is no military penal code. Nevertheless, the military justice code includes in a particular chapter purely military incriminations which must obviously also be applicable in peacetime such as, for example, among others, looting and destruction, insult to the flag or to the army, insubordination, desertion, rebellion, voluntary mutilation, refusal to obey, acts of violence and insults towards superiors or a subordinate, theft of military equipment or incitement to commit acts contrary to duty or discipline. this special military provisions sometimes includes increased penalties for wartime and also because of the rank of the perpetrator, an officer being punished much more severely.

Thus, the general legal framework applicable to soldiers is governed by the provisions of the French penal code. The general rules concerning, for example, attempt, complicity, supporting facts or general rules of prescription are found in the ordinary penal code; the same applies to most incriminations which are not purely military; each incrimination of the common penal code nevertheless provides for increased penalties due to the status of the perpetrator or the victim so that soldiers can be sentenced by increased penalties. Moreover, the general provisions of the common penal code are particularly appropriated to seek the legal causes of exemption or attenuation of criminal liability too.

Even if many foreign countries of Romano-Germanic culture adopt similar principles, it is particularly useful to summarily recall these basic rules of the French penal code interpreted by the abundant case law developed in France on this subject by the French cassation Court.

The causes of irresponsibility of the French penal code are as follows:

#### **1.2.1.1 the order of the law.**

Article 122-4 of the Penal Code provides “is not criminally liable the person who performs, (...) an act prescribed by legislative or regulatory provisions (...)”. The order of the law is thus an objective cause of criminal irresponsibility; it can go so far as to justify an attempt on life. For example, article 174 of the decree of May 20, 1903 authorized the gendarmes to use weapons even outside of cases of self-defense.

Nevertheless, there are jurisprudential restrictions which refer to the strictly “necessary” nature of the use of the weapon. In the case of soldiers engaged in an external operation, the legality is constituted by the terms of the supranational agreement or mandate, which, with regard to operations of a military nature (for example, deciding on the aerial bombardment of military objectives), justify the use, even homicidal, of armed force within the strict framework of the law of armed conflict. However, as has been said, the judge may appreciate a possible individual abusive behavior of a soldier but he cannot base himself on the observation or the non-observance of the ROE that this soldier was supposed to apply in order to exculpate him or condemn him. As it has been said, these rules are considered as purely military internal norms devoid of normative value in French internal law; they cannot, therefore, be considered as an order of the law, within the meaning of the aforementioned text.

#### **1.2.1.2 the command of lawful authority.**

Under the terms of article 122-4 of the Penal Code: “is not criminally liable the person who performs (...) an act ordered by the legitimate authority, unless this act is manifestly illegal”). This is also an objective cause of criminal

irresponsibility. This rule is applicable in most military peacekeeping operations such as, for example, traffic control missions, surveillance of places of worship or sensitive points, institutions, organizations, monuments or personalities whose protection is specially provided for by the Treaty, searches in all places in order to seize weapons or even sometimes the assistance of local police forces to control hostile crowds. As has been said, the command of the legitimate authority is concretized in practice by the ROE which frame the action of the soldier in these specific missions.

This justifying fact establishes a presumption of irresponsibility for the subordinate, who, acting in accordance with the orders received, is deemed to have acted legally.

However, the subordinate must not execute the order blindly; the theory of "intelligent bayonets" takes on its full practical meaning here. However, the penal code limits this theory so as not to facilitate acts of disobedience which are not manifestly justified; this would be particularly unfortunate in the performance of the missions of the armies, subject more than others to the strict rules of discipline and obedience. That's why the order must present a manifest illegality or an illegality that the soldier obviously could not ignore. It would therefore be up to the public prosecutor to demonstrate that the order in question presents an obvious illegality for any soldier normally advised and placed in the same situation.

Some hypotheses demonstrate the obvious nature of the illegality. For example, soldiers who, on the instructions of their commanders, finish off a wounded prisoner obviously cannot be declared irresponsible for this particularly cowardly act, unworthy and contrary to the ethics of any soldier, as well as to the laws and customs of war. This has been the case with French legionnaires on a mission in the Central African Republic who had murdered a poacher on April 14, 1988 after injuring him during a surveillance mission. This has been the case more recently too with the order given by a colonel to eliminate a highwayman considered to be particularly dangerous and sowing terror among the population of Ivory Coast; the colonel gave instructions to ensure that the latter, seriously injured and taken prisoner, cannot be transported quickly to the hospital for treatment; This affair of the death caused by suffocation of Firmin Mahé in the Ivory Coast is a topical case which shocked French public opinion<sup>132</sup>. The chief warrant officer was an experienced

---

<sup>132</sup> Firmin Mahé was a highwayman who killed many Ivorians and sowed terror in Cote d'Ivoire with impunity; considered a very dangerous "road cutter" and in order to secure the region, the colonel gave the order to put an end to his criminal activities. Firmin Mahé was injured during a scuffle and captured by soldiers of the Licorne force on the night of May 13, 2005; the colonel of the regiment gave the order to transport the wounded in a force armored vehicle to have him treated at the hospital while recommending that the speed of the vehicle be limited so that he would not reach the hospital alive... Misinterpreting the orders of his colonel, a non-commissioned

officer, fully trained and prepared to deal with crisis situations” so that he could not ignore the illegality of the order, doing a “thoughtful and deliberate choice”. According to the Court “The order, manifestly illegal, cannot characterize an irresistible coercion in the sense of article 122-2 of the penal code”. Thus, according to the popular jury of the Assizes Court of Paris, “respect for the military hierarchy cannot justify that a soldier suffocates a wounded and tied up man”. and “The soldiers have seriously undermined the values of the French Republic”<sup>133</sup>.

### 1.2.1.3 The error on the right.

A general principle of French law states that “no one is supposed to ignore the law” (“*nemo censetur ignorare legem*”). This principle, recognized for a long time by criminal courts, has the effect of prohibiting the perpetrator of an offense from escaping repression by claiming ignorance of the applicable texts.

However, breaking with this legal dogma, the new French penal code has provided for the error of law as a new cause of criminal irresponsibility in its article 122-3 which states “is not criminally responsible the person who justifies having believed, by an error in the law which he was not in a position to avoid, to be able to legitimately perform the act”.

Three conditions are therefore required by the legislator: the fact that the error relates to a rule of law, the inevitability of the error, and finally the belief in the legitimacy of the act. It is obviously up to the soldier prosecuted to demonstrate that these various conditions are met. The Cassation Court ruled that “only the person prosecuted was justified in invoking an error of law” by censuring a Court of Appeal which had admitted it when the defendants had not availed themselves of it<sup>134</sup>.

The error must first relate to a rule of law and not obviously to a fact<sup>135</sup>. It is unlikely and even unacceptable that the error of law could relate to

---

officer took the initiative to suffocate the prisoner during the journey. The Assize Court considered that nothing could justify a wounded and bound man being suffocated, even in the name of protecting the civilian population. The chief warrant officer found guilty of having deliberately killed Mahé by suffocating him with a garbage bag, was given a four-year suspended prison sentence. According to the Court of Assizes, he “always acknowledged, with undeniable frankness, having voluntarily suffocated Firmin Mahé”. The colonel was sentenced too.

<sup>133</sup> But the Court justified this unacceptable behavior by the considerations following: “However, the complexity of the situation, the limits imposed on the action of the Licorne force, the impotence of the UN in Côte d'Ivoire and of its police forces, the crime scenes attended by soldiers, constitute exceptional circumstances which, in view of the unfailing commitment to their mission, are likely to mitigate their responsibility”.

<sup>134</sup> Crim 15 November 1995, Bulletin n° 350 JCP 1996 ed G, IV, 440; JCP 1996, ed G, I, n° 3950, observations M. Véron.

<sup>135</sup> Error of fact is sometimes admitted; it can eliminate the fraud which constitutes the intellectual element of intentional offences; for example, a person who seizes an object believing it belongs to him does not commit theft, but someone who steals jewelry of little value believing they are seizing precious stones does indeed commit theft.

particularly obvious offenses which undermine the essential values of our society and particularly in situations that violate obvious and undisputed principles relating to the honor, consideration and ethics of a soldier. In reality, in practice, this error should relate to fairly technical and complex matters or to regulations which can sometimes turn out to be obscure and sometimes contradictory.

Then, the error of law must be “invincible” which means that it could not be avoided by the soldier and obviously it’s the essentially objective aspect of this cause of irresponsibility. This would be the case, for example, with erroneous legal information provided by the military hierarchy or by the Ministry of Defense. The same is true of the failure to publicize a regulatory act or a ministerial instruction which could not be brought to the command knowledge. In order to avoid this problem, it is obviously recommended that the commander be assisted and advised by real competent lawyers in liaison with the legal affairs department of the Ministry of Defense which has specialized offices.

In any event, the error of law must be manifest; for example, a regulation or ministerial instruction cannot justify the commission of an offense when it proves to be manifestly illegal and has therefore been revoked or even canceled by the competent court; nevertheless, if the illegality is not obvious, a regulation which is no longer in force as having been revoked, annulled or repealed could justify the good faith of the soldier and thus serve as the basis for an error of law.

The quality of the person who divulges erroneous information can also sometimes characterize the invincible character of the error. For example, the erroneous information given by the Public Prosecutor of Paris or one of its substitutes on the interpretation of a provision or on the legality of an act; but it is unlikely that mere telephone information could establish an error of law; in the latter case, except in an emergency, it is up to the recipient of the information to carry out at least summary checks that are required in such circumstances. However, it is possible to put this objective assessment of the invincible nature of the error into perspective by adapting it to the quality of the soldier who made this error in good faith. So, we may appreciate the case “in concreto”. Indeed, the invincible character of the error would in fact be more easily admitted if it is a question of a simple soldier or a junior non-commissioned officer.

Belief in the legitimacy of the act is the third condition imposed by the French penal code. This belief must be complete, which means that there should be no uncertainty in the soldier’s mind about the legality of the act he is performing. If there is even a slight doubt or if the legitimacy is only partial, the error of law cannot be admitted.

#### **I.2.1.4 the constraint.**

Article 122-2 of the Penal Code provides: "Is not criminally liable the person who acted under the influence of a force or constraint which he could not resist".

Constraint can be physical or moral. It is in fact about the hypothesis of a person who commits an offense under the influence of an irresistible force which has annihilated his will or could not avoid the offense due to an unforeseeable and irresistible fact independent of his will. The physical constraint in this respect can be external or internal. The external physical constraint is generally of natural origin (lightning, storm, earthquake) but sometimes is man-made (war, riot) and more rarely of internal origin; for example, in this last hypothesis of internal physical constraint, one cannot blame a seriously injured soldier for not having been able to prevent the commission of a war crime or a sentry for having fallen asleep because of a serious illness.

As for moral constraint, it can only be of external origin. So, internal moral constraint, inherent in the personality of its author and which results from the passions, convictions, impulsiveness or emotion of a soldier have never been recognized as a cause of criminal irresponsibility by the courts. This is the case, for example, of a religious or philosophical feeling which leads to the refusal to do military service by conscientious objection. External moral constraint therefore results from a pressure exerted on the will of the author who acts under the threat of a third party, a threat which can be directed against himself or against people who are dear to him (members of his family); for example, a soldier who provides information to foreign agents because they have threatened to make his wife and children disappear cannot be convicted of espionage. In fact, penal law most often evokes the concept of force majeure in civil law; indeed, the external constraint, whether physical or moral, completely covers this notion of force majeure.

The absence of free choice therefore characterizes coercion. Nevertheless, this cause of irresponsibility is only very rarely accepted by case law, which requires that the event constituting the constraint be both irresistible and unforeseeable. Its application was thus ruled out in the case of an Algerian who had had, under threat, to lodge some forty-armed rebels in his home, on the grounds that threats were not enough to irresistibly annihilate the will of the person<sup>136</sup>, or in the case of an accident caused by a mechanical failure of a poorly maintained vehicle, on the grounds that this failure resulted from the culpable negligence of the driver<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Cassation Court Criminal chamber February 26, 1959, D.1959. 301.

<sup>137</sup> Cassation Court Criminal chamber July 8, 1971, D.1971.J.625.

### **I.2.1.5 Self-defense.**

Article 122-5 of the French Penal Code provides: “A person is not criminally liable who, in the face of an unjustified attack on himself or others, performs, at the same time, an act ordered by his self-defense. – himself or others, except if there is a disproportion between the means of defense employed and the seriousness of the threat. Is not criminally liable the person who, to interrupt the execution of a crime or misdemeanor against property, performs an act of defense, other than intentional homicide, when this act is strictly necessary for the purpose pursued, provided that the means employed are proportionate to the seriousness of the offence”.

To be admitted, self-defense must therefore meet three conditions: an unjust attack (hostile behavior lacking any legal basis), a necessary defense (reactive act of preservation ordered by urgency) and an absence of disproportion between the means of defense employed and the severity of the threat. Moreover, the text expressly specifies that intentional homicide is not justified when only material property appears to be threatened. This therefore clearly prohibits, without any possible assessment of the circumstances of the case, the use of lethal force by soldiers to defend property.

With regard to the unjust nature of the interference, it is obvious that a person cannot be authorized to react violently to an act which is conform with the law; therefore resistance to police or armed force the action of which is presumed to be lawful cannot be considered a legitimate defense unless the action is manifestly illegal such as police or military brutality deemed particularly excessive and considered as an act of revenge or reprisal against a person who is clearly not dangerous.

As for the riposte, article 122-5 requires that the defense be accomplished “at the same time” as the attack, which seems logical because if the initial attack is consumed, the reaction to this attack would no longer be a defense but an act of revenge or retaliation. In particular, for example, there is in any event no self-defense when shooting in the direction of a fleeing assailant or when shooting in the back of a person. Finally, the response must obviously be proportionate to the attack, which generally implies that the person attacked must use the appropriate and necessary means for his defense; however, in attacks on persons and contrary to the provisions concerning attacks on property, the text does not formally prohibit lethal force or that which could cause serious bodily harm.

The text simply imposes that this response must be necessary and adapted to the threat, which would obviously prohibit inappropriate means

such as the use of a firearm against an unarmed person. In any case, for example, the soldier who fires at his adversary, does not justify the necessary nature of the response when the latter, intimidated by a superior force or by the weapon pointed at him, renounces the use of his weapon, stops his progress and raises his arms in the air.

With regard to attacks on property, the French legislator is much more restrictive from several points of view. First of all, any form of damage to property does not justify a legitimate defense contrary to what is provided for the self-defense of individuals. Article 122-5 of the Penal Code effectively limits self-defense to situations whose sole objective is to interrupt the execution of a crime or misdemeanor against property. Consequently, self-defense is excluded in the event of contraventions, which is the case in practice for minor damage punished only by a fine. Then the response must be strictly necessary for the aim pursued, which is to interrupt the execution of the offence. The term "strictly", which is not used in the case of the defense of a person, imposes that the response chosen is the only mean of interrupting the infraction. Finally, with regard to the proportionality of the response, the law is particularly clear since it affirms that a voluntary homicide can never be considered as the act of defense of a good, besides whatever the value of the good that we are trying to defend. However, if only intentional homicide is formally prohibited, the text does not provide for violence resulting in death without intention to give it. Therefore, if it is forbidden to make a lethal shot on a burglar or a thief, the text does not prohibit the use of violence to control it or even to use a firearm or a bladed weapon if the shots or blows only cause injuries whose objective was to immobilize a person particularly menacing. In this respect, the Assize Courts have in this matter a sovereign power of appreciation on the proportionality of the defense; in practice, the tendency of jurors is to absolve anyone who is the victim of a burglary, especially at night, the jurors showing themselves to be particularly lenient towards the victim of an attack on property, especially when the thief turns out to be a dangerous convict with a fairly heavy criminal record. Besides, article 122-6 of the Penal Code provides "that the person who performed the act is presumed to have acted in self-defense: 1<sup>o</sup> To repel, at night, entry by breaking and entering, violence or trickery inhabited place; 2<sup>o</sup> To defend oneself against the authors of thefts or looting carried out with violence". But it's important to emphasize that this is a simple and not irrefutable presumption, so it is up to the thief or the public prosecutor to prove that the response is manifestly excessive and does not justify this is self-defense.

Finally, it should be noted that in French penal law there is no longer any excuse for provocation, which means that if the response is manifestly

excessive and therefore self-defense is not upheld, the judge is not obliged to reduce the penalty according to modalities and quantum that the law would define. Nevertheless, due to the abolition of minimum penalties in the French penal code, the courts can pronounce very light sentences without having to legally justify them, by applying the general and systematic principle of mitigating circumstances. The Court may even go so far as to exempt the defendant from punishment.

#### **1.2.1.6 The state of necessity.**

Art. 122-7 of the Penal Code provides: "A person is not criminally liable who, faced with a present or imminent danger which threatens himself, others or property, performs an act necessary to safeguard the person or property, unless there is a disproportion between the means employed and the seriousness of the threat".

So, to be admitted, the state of necessity must meet three conditions:

- a current or imminent danger; unlike self-defense, it does not matter whether the danger directly threatens a person or property because it suffices that the danger results only from a general perilous situation.

- the need to commit an offense to keep one or more people away from danger or to protect property; so, unlike constraint, the free will of the agent is therefore not annihilated.

- an absence of disproportion between the means employed and the seriousness of the danger; the value saved must be at least equivalent to the value sacrificed, for example to save his health, a patient may have no other resource than to perform an act in principle prohibited by criminal law but which does not harm anyone. This can be the case of the paraplegic who grows a little cannabis to make herbal teas solely for his personal use in order to relieve his pain<sup>138</sup>.

In fact, the state of necessity is a particular cause of irresponsibility in that it relates more to equity than to law. It allows the courts to bend the law in the face of reality and avoid convictions that would be against common sense. Moreover, the state of necessity is often retained in the absence of being able to characterize self-defense, in particular in the borderline cases of the use of weapons by the gendarmes, so it seems particularly interesting to develop the caselaw about the use of firearms by the militaries of National Gendarmerie.

In this respect, it should be specified that in France the forces of order are made up of the civil police and the militaries of National Gendarmerie,

---

<sup>138</sup> Appeal Court of Papeete, correctional chamber 2002 Jun 27: Dalloz 2003.5849.

these two forces having concurrent jurisdiction to record offenses and carry out arrests and criminal investigations under the control of the public Prosecutor.

Nevertheless, Gendarmes were allowed to shoot in particular circumstances but policemen were not allowed. Gendarmes were in fact soldiers who were authorized to use firearms by the decree of May 20, 1903<sup>139</sup> about the use of weapons by military police. Article 174 of this decree authorized them to use their firearm outside the rules of self-defense by referring to the need for use of their weapon. Thus this decree provided that “The officers and non-commissioned officers of the Gendarmerie may shoot only in the following cases: 1<sup>o</sup> When violence or assault is exercised against them or when they are threatened by armed individuals; 2<sup>o</sup> When they cannot otherwise defend the land they occupy, the positions or the people entrusted to them or, finally, if the resistance is such that it cannot be overcome only by force of arms; 3<sup>o</sup> When persons called upon to stop by repeated calls for ‘Halt Gendarmerie’ made aloud seek to escape their guard or their investigations and can only be compelled to stop by the use of arms; 4<sup>o</sup> When they cannot otherwise immobilize vehicles, boats or other means of transport whose drivers do not obey the order to stop. They are also authorized to use all appropriate gear or means such as harrows, hedgehogs, cables, to immobilize the means of transport when the drivers do not stop when instructed to do so.”

Nevertheless, these provisions were interpreted by the Cassation Court which imposed the “absolute necessity” of the use of firearm. This Court had to judge the case of a Gendarme who, intercepting a driver of a vehicle who was fleeing, shot at him. This was considered by a homicidal shooting. Indeed, the Cassation Court, in a decision dated February 18, 2003, imposed the “absolutely necessary” nature of the use of a weapon in the circumstances of the case. In this case, the motorist was driving a vehicle without being insured, so he turned around at the sight of two motorcyclist gendarmes; after a hectic pursuit, one of the two gendarmes managed to get to the level of the left door of the vehicle and, directing the motorcycle with one hand, he brandished his pistol with the other hand in the direction of the fugitive to compel him to stop and shot; the motorist, hit in the chest, was killed. The Court of Appeal had acquitted the gendarme, considering that he was authorized by article 174 of the decree of May 20, 1903 to use his service weapon; the Cassation Court quashed this judgment, considering “that in deciding thus, without considering whether this use was absolutely necessary in the circumstances of the case, the Court of Appeal did not give a legal basis for his decision”;

---

<sup>139</sup> Repealed by the law n°2009-971 of August 3, 2009 article 25 which inserted this law in a provision of the Defense code, provision which has been modified by the law of February 28, 2017 which refer now to the article L435-1 of the interior security code.

Subsequently, the Cassation Court recalled these requirements in a judgment of February 27, 2008<sup>140</sup> by rejecting the appeal lodged by a gendarme against a decision of the chamber of instruction of the Court of Appeal of Nîmes deciding to refer him to an Assize Court for lethal violence. The Court indicated that the use of arms should “also be analyzed in the light of Article 2 § 2 of the European Convention on Human Rights” and specified that this required finding “a balance between the aim and the means, a use of arms with moderation and discernment in the context of absolute necessity and against persons implicated in acts criminals or serious delinquency”.

However, in assize court trials, jurors, willingly ignoring our basic rules of penal code, are quite tolerant with Gendarmes or policemen who shot thugs or dangerous criminals. For example, in a judgment of September 17, 2010, an Assize Court acquitted a gendarme who had fired several times in the dark in the direction of a dangerous prisoner who had managed to escape from the jail where he was retained, on the grounds that this gendarme had acted in accordance with legislative or regulatory requirements. The European Court of Human Rights (ECHR), considering that other possibilities of action were available to the gendarme to attempt the arrest of the prisoner instead of recklessly opening fire in the middle of the night without visibility towards the fugitive, criticized this acquittal considering that it violated the “provisions of Article 2 of the European Convention on Human Rights prohibiting any use of potentially lethal force”<sup>141</sup>.

Nevertheless, on the contrary, the civilian police should scrupulously respect the rules of the penal code about self-defense. Thus, police officers did not benefit from a specific regime in terms of self-defense and were subject to strict compliance with the provisions of Article 122-5 of the penal Code, like any other citizen. This unfair situation in relation to the gendarmes has been denounced by most police officers, given the dangers they run when they try to neutralize dangerous criminals.

Nevertheless, it should be specified that the bills tabled by many deputies with a view to extending to all depositaries of public authority who carry out any act of defense, the provisions of the decree of 1903, allowing the gendarmes to shoot in some specified circumstances, have not been adopted by the French Parliament.

---

<sup>140</sup> Criminal Chamber of the Cassation Court, judgment number 07-88470 (unpublished) Mr. Le Gall (longest-serving adviser acting as president), president, Mr. Pelletier judge-rapporteur, Ms. Chanet judge to the chamber; Lawyers: SCP Ancel and Couturier-Heller, SCP Waquet, Fargand Hazan.

<sup>141</sup> ECHR Case of Guerdner and others v. France 17 April 2014 (Application no. 68780/10).

This situation has recently resurfaced in the public debate. Thus, the problem has been solved since a law n° 2017-258 of February 28, 2017 which unified the legislation on the use of weapons by policemen and Gendarmes in a new provision of the interior security code<sup>142</sup> which provides now:

In the exercise of their functions and dressed in their uniform or external and apparent insignia of their quality, the agents of the national police and the soldiers of the national gendarmerie may use **their weapons in cases of absolute necessity and in a strictly proportionate manner**:

1<sup>o</sup> When attacks on life or physical integrity are made against them or against others or when armed persons threaten their life or physical integrity or those of others;

2<sup>o</sup> When, after two summonses given aloud, they cannot otherwise defend the premises they occupy or the persons entrusted to them;

3<sup>o</sup> When, immediately after two summonses addressed aloud, they cannot compel to arrest, other than by the use of arms, persons who seek to escape their custody or their investigations and who are likely to perpetrate, in their flight, attacks on their life or physical integrity or those of others;

4<sup>o</sup> When they cannot immobilize, other than by the use of weapons, vehicles, boats or other means of transport, whose drivers do not obey the order to stop and whose occupants are likely to perpetrate, in their flight, attacks on their life or physical integrity or those of others;

5<sup>o</sup> For the exclusive purpose of **preventing the reiteration, in a short time, of one or more murders** or attempted murders that have just been committed, **when they have real and objective reasons to consider** that this reiteration is probable with regard to the information available to them at the time when they use their weapons<sup>143</sup>.

These provisions seem to be in conformity with the caselaw of the European Court of Human Rights (ECHR) which has however considered that “the French legal framework is sufficient to offer a level of protection of the right to life, defined by article 2 of the convention, but that everything depends on the factual circumstances”.

In fact, for soldiers engaged in overseas operations in peacetime, it is possible to draw inspiration from these specific provisions and recommendations

---

<sup>142</sup> Article L435-1 of the interior security code.

<sup>143</sup> This law has been however controversial and vigorously denounced by associations for the protection of human rights, who believed that the notions “*real and objective reasons to consider*” and “*in a short time*” can be largely interpreted and may have extensive, even divergent, interpretations by the Courts about the use of weapons in many situations. They therefore fear that, under the general pretext of fighting dangerous criminals, police action could be much more zealous in many other circumstances.

concerning the need to use weapons. In any event, soldiers will intentionally resort to the lethal use of firearms only if absolutely unavoidable to protect human lives, or when they cannot immobilize, other than by the use of weapons vehicles whose drivers do not obey the order to stop. In these circumstances they must give a clear warning of their intention to use firearms, allowing sufficient time for the warning to be acted upon, unless such a course of action does not unduly compromise the safety of the armed forces. So, the use of firearm must be manifestly appropriate or absolutely necessary in view of the circumstances of the incident.

That is why the theory of the state of necessity and the jurisprudential notion of "absolutely necessity" may be general principles which can be a good guideline for the soldiers, becoming an essential notion to justify the use of lethal weapons in peacetime. Moreover, the term often used in international law of "military necessity" is a general principle governing the international law of armed conflict since its purpose is to authorize the belligerents to use weapons to achieve their goals in a military confrontation.

It is interesting to observe that, although there is no universal legal definition of the military aspect of the state of necessity, this rather broad and flexible notion is similar to the theory of "exceptional circumstances" in the case law of the French high administrative Court ("Conseil d'Etat")<sup>144</sup>.

So, it is in fact understood as an emergency which requires a military commander to take without delay the essential measures to obtain the accomplishment of his mission as quickly as possible, by resorting to controlled means of violence which do not fall under the prohibition of basic rules of the international law of armed conflict. So, the goal of "military necessity" is to achieve the objective, that is to say, if there is an armed confrontation in peacetime, to subjugate or totally or partially neutralize the enemy at the lowest human and economic cost.

Military necessity is therefore a compromise based on military imperatives and elementary requirements of humanity; it is based on four principles which must justify the proportionality of the actions covered by the state of necessity: urgency, measures limited to what is essential, control in space and time of the force used and the use of lawful means and methods according to article 4 of the preamble to Convention IV respecting the laws and customs of war<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Which recognized the regularity of police measures: "it is up to the judge to consider, in his assessment, the necessities resulting from the state of war, according to the circumstances of time and place, the category of individuals targeted and the nature of the dangers which it is important to prevent" February 28, 1919 "Dames Dol and Laurent".

<sup>145</sup> La Hayes 18 October 1907.

In any case, this justifying fact cannot justify non-compliance with the law of armed conflict. Indeed, the use of force is related to the necessity of accomplishing a legitimate military purpose. Thus, attacks must be limited to purely military objectives and unnecessary or excessive destruction is prohibited. Thus, any attack must meet the following two cumulative conditions: On the one hand, it must make an effective contribution to military action by its nature, location, destination or use; on the other hand, the total or partial destruction, the capture or the neutralization must offer, in this case, a precise military advantage.

The expected military advantage must not be only hypothetical. The category of military objectives by nature refers to military installations or devices used specifically by the armed forces, such as armaments, command centers, fortifications. Under no circumstances may they target persons or property protected by the law of armed conflict.

For example are protected: sick or shipwrecked armed forces in the field or at sea; medical and religious personnel attached to the armed forces; prisoners of war; wounded and sick civilians; civilian medical and religious personnel; the military using the white flag to parley; personnel of civil protection organizations; emergency personnel; the civilian population and individual civilians; persons deprived of their liberty, detained and interned; the civilian population of an occupied territory etc. The property protected are for example, goods essential to the survival of the civilian population (such as crops, livestock, drinking water installations and reserves and irrigation works), and which would have the effect of starving the population or force her to move; cultural property and places of worship, hospitals, etc.

### **1.2.2 French penal code is sufficient in peace time but its interpretation is a matter of assessing the circumstances by the Court.**

In practice, all the principles of self-defense and protection of certain persons and property provided by the Geneva conventions are recalled in the ROE. As has been said, these ROE authorizes, in specific circumstances, the commission of acts which have the material aspect of an offense (homicide, violence, destruction, etc.) but these secret provisions cover in fact a large part of factual circumstances which can be suppressed by the current general provisions of French penal code, in particular those relating to self-defense and state of necessity and specific military crimes of CPI recently integrated in our common penal code. Thus, the common French penal code seems likely to be sufficient to cover most objectively legitimate cases of opening fire in external military operations in peacetime.

It's true that French law is quite restrictive as regards the use of lethal force for the protection of property since it formally prohibits it in an express provision of our penal code, whereas some countries do not ban it in principle; indeed, most foreign countries generally leave to military or civil judge the task to assess the situation in concrete terms according to the state of fear of the soldier in the face of a current or dangerous situation. Some countries are more cautious to appreciate uncontrolled self-defense reactions; without formally prohibiting intentional homicide for the protection of property, they sometimes recommend a moderate use of means adapted to the situation of danger. Anyway, in all foreign countries, self-defense is appreciated with benevolence in any case, the legislation often imposing reductions or attenuations of sentences, the use of a firearm by a soldier being presumed to be made in good faith.

Thus, apart from the principle of the prohibition of the use of lethal force for the protection of property, self-defense is a matter of assessing the circumstances and interpreting the provisions of our laws described above. Besides there were not many contentious cases in France; indeed, with regard to the very sensitive problem of the use of a firearm or of force in military operations outside the national territory in peacetime, there is little known French case law about this matter. The incidents brought to the judgment of the Paris court are indeed quite rare and in practice concern the opening of fire at roadblocks ("checkpoints"). In the former Yugoslavia, for example, the practice of shooting at vehicles that forced a roadblock was considered legal in circumstances that did not justify self-defense; in one case, five soldiers from the military infantry battalion had opened fire on a civilian vehicle and wounded a civilian with several bullets in the back. But it is normally forbidden to shoot in the back of a fugitive. The public prosecutor of Paris Court prosecuted them despite the contrary opinion of the Ministry of Defense, but the soldiers were finally released on February 20, 2004, for "having pursued a strategic goal"<sup>146</sup>. We see here clearly that the French judge went very far in his assessment since he went beyond the state of necessity by invoking an exceptional situation induced by the very nature and the very dangerous context of the incident.

Another case that marked the spirits within the military community was judged with benevolence in the same direction by the Paris Court. On the night of May 1, 2000, a vehicle forced a roadblock. One soldier shot in the direction of the fleeing vehicle and seriously injures its driver. Outraged by the undiplomatic attitude of the provosts (Gendarmes) who had automatically initiated an investigation, a general opposed the placement in custody by Gendarmes of several of his soldiers involved in this incident; anxious to justify

---

<sup>146</sup> "Le Monde" newspaper, November 20, 2004.

at all costs an attack on one of them, he even went so far as to order the military doctor to cast the leg of the non-commissioned officer concerned when in fact the latter was not injured. Although the general was prosecuted by the Prosecutor for altering or concealing evidence, the soldiers involved in this incident were finally acquitted by the court<sup>147</sup>.

Obviously, we can't transpose exactly all these analyzes and recommendations relating to the civil police or Gendarmerie in France to a contentious use of weapons by the French army engaged in external operations. But some of these provisions, advises and principles may be a good guideline for soldiers in peacetime operations. So, we may retain these general orientations as an indication, by emphasizing that, as military operations are dangerous for the security of our forces, they allow the judge a more comprehensive margin of appreciation of the circumstances of the case. The Paris judicial Court, even if it is composed solely of civilian judges, is fully aware of the particular context of the engagement of our forces and the particular difficulties of each mission. In order to avoid possible contentious, particular attention must be paid, when drafting the ROE, to their compatibility with the mandate but also and above all remembering fundamental rules of French laws. In practice, all soldiers are informed of this by the distribution of a brochure carefully drafted by the Department of Legal Affairs of the Ministry of Defense and containing numerous concrete cases. In OPEX, as has been said, the control of the legality of the action of the soldier is indeed exercised a priori during the drafting of these ROE which is verified by the legal advisor of the Commandant of the troops; they are considered as orders from the legitimate authority disseminated at all levels of the hierarchy. This drafting considering the imperatives of French penal law we may emphasize the importance of the role of the legal advisers of the commanders. They are aware of penal issues of using firearms, recommending to use wisely weapons of any kind and if possible defensive devices such as bulletproof helmets or bulletproof vests and armored vehicles.

In contentious cases that have resulted in damage and reported by the Provost (special Gendarmes who are French military police abroad), the control of legality is exercised by the civil public prosecutor of Paris Court. In accordance with the general principles applicable to the burden of proof, the public prosecutor can wisely invoke self-defense or a state of military necessity. In the absence of satisfactory proof, there is a presumption that the soldier and his hierarchy acted in good faith. In practice the military hierarchy provides all the elements presuming this good faith in a written report which is synthesized and communicated by the Minister of defense who gives his opinion to the public prosecutor of the Paris Court.

---

<sup>147</sup> Issued on June 24, 2003 by the Paris Army Tribunal.

Nevertheless, we can't dramatize this concern. Indeed, the questioning of penal liability of French soldiers because of their operational commitment is exceptionally rare and none of them has been sentenced until now for having used a weapon in execution of a legitimate mission accomplished in strict compliance with the orders they received.

There is another concern about the capacity of the civil judge to understand the context of military operations and appreciate the decision of the commanders which can have serious consequences on the security of the soldiers. Moreover, the highly factual nature of the norms which include in particular the penal notion of a state of necessity examined from a military point of view certainly raises the question relating to the expertise of the common law judge to understand the combat situation and to the legitimacy of the latter to know of a complex situation in which, having not being soldier or officer he never had the opportunity to be involved. Indeed, one believes that a civil judge is not competent to appreciate events in peacetime military operations abroad to which he has not personal and military experience. It is thus often insinuated that he has neither the expertise nor the legitimacy necessary for such a task.

It is true that the French civil judge may sometimes be called upon to rule on the legality of sometimes complex facts or appreciate the penal liability of the military hierarchy about certain regrettable incidents or skirmishes which unfortunately resulted in the death of several soldiers. But certainly, the understanding is largely a matter of military art and technical knowledge or experience of the military confrontations. In these complex cases the public prosecutor or the Court has the possibility to contact any military expert of his choice, in particular about questions of military art and tactics; thus informed, the Court will be able to make its decision by understanding the human aspect of the military action. On the other hand, we can see a tendency of some "military" circles to want to appropriate the right to defend their particular appreciations of military operations because of their technical skills.

There can be no doubt that the military hierarchy is the most competent to apprehend the subjective motivations which underlie some military choices. So, it seems that military Court composed by experienced officers but chaired by a civil judge may have some use.

In any case, in some delicate cases, there has been a lack of understanding between the judicial authorities and the military high command. In order to try to resolve this concern, the French military hierarchy wished to relax the interpretation of the penal laws for soldiers abroad in order to avoid untimely legal proceedings.

### **1.2.3 The interpretation of the laws by the judge in peacetime has been relaxed by a special military law.**

As it has been appreciated above, the common French penal code seems likely to be sufficient to cover most objectively legitimate cases of opening fire in external military operations in peacetime. Besides, in peacetime outside the national territory and in the specific case of overseas missions, the Paris court largely considered the circumstances of the case with regard to soldiers confronted with dangerous situations. Thus, it should be noted that the use of a firearm by French soldiers engaged in sometimes perilous missions outside French territory has been very widely accepted by the military chamber of the Paris court.

However, certain generals of the French military hierarchy considered wrongly that French common law seemed unsuited to troops projected outside the national territory, particularly when they use different heavy weapons during armed confrontations or on the occasion of incidents threatening security of the troops.

Obviously, our armies act in very different contexts because French forces very often operate in particularly hostile environment and it is obvious that the use of weapons, of whatever nature, has become a necessity. As it has been said above the military prosecutor's office of the judicial tribunal of Paris is aware of the problem and has therefore always considered the difficulties of the intervention of our forces abroad. Despite everything, the military hierarchy complained of a few rare unjustified accusations against our soldiers assigned to overseas operations, denouncing a phenomenon of excessive judicialization of the action of soldiers assigned to overseas operations. It has been illustrated by recent rare cases, military hierarchy considering judicial inquiries as forms of anti-militarist instrumentalization of justice.

So, the French Parliament, in order to reassure the military hierarchy, has recently relaxed the rules of criminal law in specific provisions of the defense code without, however, establishing principles for exonerating soldiers from their penal liability. The objective was to consider the singularity of the action of the soldiers outside the national territory by giving the Paris public prosecutor's office, henceforth exclusively competent to initiate criminal proceedings against a soldier, the legal means of a criminal policy in order, thereby to avoid abuse resulting from untimely pursuits that could demoralize our troops faced with operational difficulties abroad in peacetime.

The substantive rules on the implementation of the penal liability of soldiers have therefore been relaxed in special provisions of the Defense Code.

These new provisions resulting from the law of December 18, 2013<sup>148</sup> aim at a measured application of the penal code to soldiers in external operations in order to consider in particular the execution of an international mandate; they have thus modified and supplemented the legislative framework concerning the implementation of the penal liability of soldiers on mission abroad in special provisions in the Defense code.

Firstly, with regard to voluntary acts, the law<sup>149</sup> clarifies in detail the theory of the state of necessity for soldiers acting in overseas operations in the execution of the express provisions of an international mandate. This new provision specifies that “Is not criminally punishable the soldier, who, in compliance with the rules of international law and in the context of a military operation taking place outside the French territory or the French territorial waters, regardless of its purpose, duration or extent, including the release of hostages, the evacuation of nationals or the policing of the high seas, exercises or orders coercive measures or the use of armed force, **when it’s necessary for the accomplishment of its mission**”.

Thus, without establishing real immunity, the law has now reinforced the general penal notion of state of necessity which can be applied to the soldier acting in external operations<sup>150</sup> within the framework of the mission assigned to him.

Secondly, with regard to involuntary acts, the article L.4111-1 of the Defense Code already provided that soldiers could only be sentenced if they had not carried out the normal diligence considering their skills, the power and the means at their disposal, as the specific difficulties of the missions entrusted to them by the mandate. This specific provision derogating from common law was obviously not a clause of criminal irresponsibility of the soldiers. Its objective was simply to invite judges to be more flexible in the application of ordinary law charges for involuntary homicides and reckless injuries to soldiers facing particular difficulties. However, the philosophy of these general provisions, according to the subjective opinion of the commanders, should have been lost sight of by the judges. So, the notion of recklessness or negligence committed by soldiers in overseas operations has been clarified and

---

<sup>148</sup> Chapter VI of Law No. 2013-1168 of 18 December 2013 relating to military programming for the years 2014 to 2019 and containing various provisions concerning defense and national security.

<sup>149</sup> New drafting of article L.4123-12 of the defense code.

<sup>150</sup> The notion of military operation allowing the use of armed force is now clarified because until then, no French court had ruled on this concept. It is now interpreted quite broadly, applying in particular to operations to free hostages and evacuate French nationals. This will avoid any subsequent legal disputes on this point.

relaxed; in order to shed light on the appreciation of the judge, the law specifies now very precisely the exact meaning of “normal diligence”: “These normal diligences are assessed in particular with regard to the urgency in which they carried out their missions, the information available to them at the time of their intervention, and the circumstances linked to the combat action”.

Thus, in order to assess the penal liability of the soldier, the Court must consider the difficulty of the missions and the specificities of the combat action. Without establishing a real exemption from penal liability, the new law simply clarified the concrete application of the legislation in force in the sense of a greater relaxation of the already existing provisions.

It's possible to criticize these new provisions, because we may wonder about their real usefulness.

It's important to emphasize that the judicial Paris Court had always been able to judge borderline cases so that it had not waited for the publication of this law to assess in concrete terms the faulty behavior of a soldier or the hierarchy in relation to the difficulties of the mission. In fact, this relaxation of the implementation of the criminal liability of soldiers and officers on OPEX mission ultimately changes nothing on the established law because it only confirms the case law of the Cassation Court on the penal aspect of wrongful soldiers' behavior.

Moreover, we may criticize the competence of French common Paris Court to apply this special law because in fact the basic problem comes up against major obstacles.

Indeed, the law refers to the “mission” of the soldiers. This mission describes an operation order which specifies secret rules of engagement (ROE) but it should be noted that the content of this operation order is covered by national defense secrecy. There is also the secrecy of the documents containing the recommendations and rules of engagement (ROE) made by the commander of the international forces or coalitions. In judicial matters, the lifting of national defense secrecy is certainly provided for by a specific procedure recently inserted in the penal procedure code for documents of French origin<sup>151</sup> but not for international documents which require the authorization of the issuing organization. Moreover, in any case the lifting of this secrecy would reveal to the enemy the strategy of the French forces and the special weapons that were used.

There is another important concern about the victims and the attitude of the families of soldiers died or injured in hard armed conflicts. Indeed,

---

<sup>151</sup> See my special article about this matter in the AIJM review.

peacetime legislation does not prohibit the victims from becoming civil parties in order to oblige the Prosecutor, who closed a case without further action, to open a judicial investigation before an investigating judge whereas in wartime this procedure is not applicable. Indeed, this prohibition in wartime avoids the constitution of abusive civil parties of families of soldiers killed or wounded in combat. But, during external operations (OPEX) in peacetime, victims are allowed to refer to an investigating judge. In fact, in most cases, the main objective of these interventions by members of the family of soldiers is to allow their lawyer to consult military documents and to disclose facts protected by national defense secrecy. It's the occasion for the lawyers to discuss military strategy of some French operations abroad.

Consequently, it seems that even if a new specific legislation on the penal liability of soldiers engaged in external operations (OPEX) imposes on judges some flexibility in their assessment, the problem of the intervention of a civil judge in the consequences of an armed confrontation has not yet been fully resolved. Indeed, the role of civilian judges is not to interfere in armed conflicts and military strategies. From this point of view, a special and independent military commission made up of senior army officers could investigate the facts and give a detailed opinion that would not violate military secrets about eventual penal liability.

Thus, this law of 2013 did not resolve the problem, it therefore seems to be a kind of legal tinkering made by the legists carried out to resolve this concern under pressure from the military hierarchy.

In any event, the French common law legislation may conflict with the legislation of the host country. From a theoretical but also practical point of view, this problem deserves to be analyzed in detail because the principle of sovereignty of each State logically requires that the legislation of the host State be applied. This is not always the case in practice since this sovereignty can be greatly weakened due to the civil war raging in the country, hampering the normal course of institutions, particularly the judiciary, which often cannot function normally under good conditions of impartiality and of speed. The theoretical debate therefore focuses on the determination of the competent court as well as the substantive and procedural laws that must be applied.

## **II. International aspects of the penal statute of the French soldiers.**

There are international conventions that may rule the penal statute of the French soldiers too.

Firstly, the application of French national law is not an absolute principle because it may in certain cases come into competition with the

legislation and competence of the Courts of the occupied country. Secondly it is obvious that French internal penal law must punish any breach of the laws of war as described by the various Geneva conventions and now criminalized in the statutes of the international Criminal Court (ICC).

## **II.1 Application of the law of the flag is the main principle of the criminal statute of French soldiers.**

It is indeed necessary to consider the principles of application of the law in space as they may be defined by specific international conventions; these principles regulate the distribution of powers between national jurisdiction and local jurisdiction and consequently determine the applicable substantive law, while respecting the fundamental principles of the international law of armed conflict and humanitarian law too.

In the absence of an international agreement is applied the principle of the “law of the flag”. This principle derogates from the sovereignty of the occupied State imposing the rules of competence, form and French laws, and consequently substantive French law too. This principle of the law of the flag may however be modulated according to international agreements.

### **II.1.1 French law imposes the principle of the jurisdiction of the judicial Paris Court.**

#### **II.1.1.1 The jurisdiction of the Paris judicial Court is in fact governed by the article 59 of the Military justice code which provides: “Subject to international agreements, the judicial Paris Court judges offenses of any kind committed outside the territory of the Republic by members of the armed forces (... )”.**

The jurisdiction of this Court therefore extends, under the terms of this provision, to “offences of any kind”. This extra-territorial jurisdiction cannot be limited by the provisions of the common penal code because the special provisions of military laws must prevail over the general provisions of common law<sup>152</sup>. Therefore, unlike cases involving only civilians, the jurisdiction of the specialized military chamber of the Paris judicial Court is not limited to crimes; it extends to all offenses even not provided for by the local laws of the host

---

<sup>152</sup> The French criminal code (article 113-6) effectively limits application of French law for facts committed abroad. If the author has French nationality the fact must be qualified as a crime by French law (punishable by 10 years of criminal detention or more), if it is qualified as an offense (punishable by 10 years of prison or less) and if the facts are punishable by the legislation of the country where they were committed French Courts can apply French law (active competence of French Courts). Nevertheless, if the victim has French nationality, French penal code is applied for any crime or misdemeanor punishable of imprisonment (passive competence of French Courts).

country; this universal jurisdiction even includes contraventions (French offenses which are not punishable by a prison penalty<sup>153</sup>), which makes it possible to apply regulations that are only punishable by a fine and complementary penalties, which is the case for most rules concerning the French highway code, the labor code and the environment code.

### **II.1.1.2 Consequently, the Paris judicial Court applies the rules of French criminal law and French penal procedure code.**

It is commonly called the principle of solidarity of procedural and substantive laws: In application of this rule of legislative and jurisdictional solidarity, the case law of the criminal chamber of the French cassation Court endorses the doctrine of “flag law” considering that “French criminal law is applicable every time French courts have jurisdiction”<sup>154</sup>.

If the French penal court is referred, it can therefore only apply French penal law. It is clear that the principle of the law of the flag falls under common sense; French legislation should apply in its entirety to French soldiers posted abroad. This would be the case, for example, of a fatal traffic accident committed by a particularly reckless soldier or of a work accident suffered by a local national employed by the local military contingent without any protective equipment even if there is not a special local law which imposes this security measure.

---

<sup>153</sup> Fines and complementary penalties. Contraventions are classified in 5 categories, the fifth being the most serious (38,00 Euros for the first class, until 150,00 Euros for the second class, until 450,00 Euros for the third class, until 750,00 Euro for the fourth class). The fifth class is punished by a 1 500,00 Euros fine at most, but this amount may be increased to 3 000,00 Euros in the event of a repeat offense when the regulations provide for it, except in cases where the law provides that the repeat offense constitutes a misdemeanor punishable by prison penalty.

<sup>154</sup> Criminal chamber of the Court of cassation, 3 May 1995, Bull. crim n° 161. “Legislative competence and judicial competence usually go hand in hand, in the sense that it is regarded as a necessary rule that the judge, called upon to rule on a criminal trial, can only apply French law”, The doctrine is unanimous on this point (R. MERLE – A. VITU, Treaty on criminal law, T.1, p. 385; in the same direction, F. DESPORTES – F. LE GUNEHÉC, The new criminal law, pp. 276 and 277; G. STEPHANI, G. LEVASSEUR – B. BOULOC, General Criminal Law, p. 1). Solution confirmed by the Criminal Chamber of the Court of Cassation on Jan. 6, 1998, (Bull. crim., n° 2): “some provisions (...) give the French Courts jurisdiction universal. Nevertheless “Their place in the code of criminal procedure and the reference not to criminal law but to French jurisdictions militate in favor of a possible application of the criminal law of the country of commission. (...) Thus if there is not a local law, the criminal liability of a member of the military hierarchy may be engaged in application of the rules of the common French labor code, subject to considering the difficulties of the mission or the emergency in the theater of operations. But, conversely, the victim of a harmful act cannot invoke local criminal regulations which do not exist in French law; this fact may be only analyzed by the French administrative Court which can award damages to the victim (responsibility without fault of the French army).

## **II.1.2 However, the scope of French jurisdiction is variable since the text specifies that international agreements must be considered:**

### **II.1.2.1 Theoretically, the jurisdiction of the judicial Paris Court competes with the Courts' jurisdiction of the occupied country.**

By virtue of the principle of sovereignty, the country occupied by French troops is obviously not required to apply this internal provision of French law concerning the attribution of jurisdiction to the judicial tribunal of Paris.

Thus, if the jurisdiction of the judicial Paris Court is unilaterally established by the French law, it can nevertheless find itself in competition with a local court. So, in practice, two situations may arise:

a) There is no international agreement: in this case:

The specialized military chamber of the judicial Paris Court is referred, applying its universal personal jurisdiction. It then applies French criminal law and penal procedure code, by virtue of the principle of the application of "the law of the flag" or law of the forum ("Lex fori") which is normally applied. Nevertheless, if a local Court is referred, it applies the law which is in force in the State where the court referred is located. The two courts are then equally competent and materially referred. So, there is a positive conflict of jurisdiction, which is settled by the voluntary relinquishment of one jurisdiction to the other or, when the case is judged, by the application of the "non bis in idem" rule.

In reality, the positive conflicts of jurisdictions are quite theoretical, because either the occupied State is in a situation of institutional insecurity such that it is unable to quickly implement its judicial system by making prevail its right, or the military author being quickly repatriated to France, the host State does not have time to effectively pursue legal proceedings and in fact renounces local proceedings because they would in practice lead to an unenforceable sentence.

b) There is an international agreement:

In order to avoid a possible positive conflict of competence, an agreement may set out exactly the division of competence between the local jurisdiction and the French jurisdiction, which each apply their national rules. If the local court has jurisdiction under this agreement, it shall apply its own local law. If it is the French court which is competent, the latter, duly referred in the field of competence which has been devolved to it by the agreement, applies French law by virtue of the principle of solidarity of form and substantives laws.

However, theoretically, a provision of the agreement could expressly provide that the French court is required to apply local criminal law. This

scenario would pose a problem because the public Prosecutor should prove the existence and exact content of this foreign law; he should verify the compatibility of this law with the rules of French law too, in particular with regard to the applicable penalties, the investigation rules, the evidence and prescription rules. Moreover, unlike civil law<sup>155</sup>, French penal law, like police laws and security laws, has in any case a character of public order, so that judges cannot elude these laws and are obliged to apply them.

It would be different for local protective laws such as those governing labor law or environmental law. In terms of the environment, for example, the French armies must scrupulously respect local laws which may differ from French laws; in this case the penal aspect should be provided for by the agreement, but as the Paris Court can in any case only apply a French penal text in application of the principle of legality and the law of the forum, the agreement could provide that in these specific cases, either the local courts would be competent, or France would compensate the occupied State and possibly punish by disciplinary measures the soldier who have seriously violated local laws specified by clear military instructions which he could not disregard<sup>156</sup>. In this respect the debate seems purely theoretical since, in practice, the French forces have never been confronted with this kind of difficulty. Besides it is up to the legal adviser of the force to find out precisely about the particularities of the local laws and to inform precisely the commander.

### **II.1.2.2 In practice, any conflicts of jurisdiction are resolved by numerous international or bilateral agreements called “SOFAs”**

Indeed, the “SOFAs” (“Statute of forces agreement”) adopt as a general rule the principle of the law of the flag while sometimes limiting its scope.

These SOFAs generally stipulate that the offenses committed by the soldier in the performance of the service are the responsibility of his State of

---

<sup>155</sup> In civil matters, under the terms of the traditional caselaw “BISBAL” of the 1st civil chamber of the Court of Cassation of May 12, 1959, the French rules of conflict of laws which prescribe the application of a foreign law, have not public order nature, in the sense that it is up to the parties to claim their application; the trial judges could not therefore be criticized for not automatically applying foreign law and, in this case, for appealing to French domestic law, which is intended to govern all private law relationships. It was therefore solely up to the parties to prove the existence and exact content of this foreign law and not to the judge to seek it. The law of the forum thus had a very subsidiary character in the absence of such proof. However, under the terms of a recent judgment of the commercial chamber of the Court of Cassation of July 11, 2014, it is incumbent on the French judge who recognizes a foreign law to be applicable to seek its content, either ex officio or at the request of a party invoking it, and to give the disputed question a solution in accordance with foreign positive law.

<sup>156</sup> The violation of military instruction can be also punished by at most 5 years of prison.

origin, the other offenses being the competence of the local courts, but there are many exceptions. This is why it is interesting to present the content of some of them by way of example.

The convention between the States Parties to the North Atlantic Treaty (NATO) on the status of their forces, signed in London on 19 June 1951, is an interesting precedent, since its provisions subsequently served as a model for establishing other agreements of this kind in various occupied states.

This convention of 1951 affirms the principle that “members of a force (...) are bound to respect the laws in force in the receiving State (...). (Article II). This provision recommends that the forces of the sending state be able to ensure the security of the people of the receiving state and must make an active effort to live in harmony with them respecting all the laws of the host state. This general stipulation therefore affirms the dogma of the territorial sovereignty of the receiving State and submits the members of the forces to the laws of this State, the only derogations allowed being those resulting either from the Convention or from bilateral agreements.

Indeed, there are important exceptions to this general principle. Paragraph 2 of Article VII grants “exclusive jurisdiction” to the State whose laws in matters of treason, sabotage, espionage or preserving State secrets have been violated. Paragraph 3 also grants the State of origin a “priority of jurisdiction” in two cases: either when the offense “only” harms its interests, or when the offense was committed in the execution of the service. In all cases, the State of origin is prohibited to extend its jurisdiction to nationals of the receiving State and “the authorities of the sending State can’t proceed with the execution of a death sentence on the territory of the receiving State if the legislation of the latter does not provide for the death penalty in a similar case” (article VII, 7, a).

These stipulations do not, however, give precise instructions on the choice of the applicable criminal law but seem to implicitly admit that it is the substantive criminal law of the court which has jurisdiction which is applied. The doctrine does not provide any indication to the contrary in this matter, but the legislative and jurisdictional powers being traditionally linked, it can be deduced that it is “the law of the flag” which is applicable. French case law has also complied with this position. Ruling on proceedings, rendered on the basis of French law, originating from French military courts in Germany, the French Cassation Court has always applied French laws, so that the problem of application of substantive criminal law has never been raised.

The Cassation Court has also adopted the same attitude to rule in proceedings from the “armed forces tribunal sitting in Paris”<sup>157</sup> which concerned offenses committed in African States linked by bilateral agreements to France. Indeed, there are many SOFAs with African countries and French jurisdiction is generally limited to offenses committed within military installations. For example, in Senegal, under the terms of article IX of appendix II to the Franco-Senegalese cooperation agreement of March 29, 1974, members of the French and assimilated forces “are subject to Senegalese law for all that is not stipulated in this agreement”. Offenses committed either within military installations or in the exercise of service fall exclusively under French military jurisdiction and French criminal law.

There are also recent examples for peace keeping operations in Europe.

In Bosnia and Herzegovina, article 3 of SOFA annexed to the Dayton Accords of 23 November 1995<sup>158</sup> provides that “all personnel enjoying the privileges and immunities referred to in this Agreement shall respect the laws of the Republic of Bosnia and Herzegovina, insofar as this is compatible with the tasks and mandates entrusted to them, and will refrain from any activities not compatible with the Operation”. Drafted in very general terms and leaving at the time to O.T.A.N. a wide margin of appreciation, the stipulations of this SOFA were clearly inspired by the aforementioned article II of the O.T.A.N. of 1951. They were, however, drafted in broader terms. Indeed, article 7 of this SOFA guarantees in favor of the State of origin a jurisdictional privilege much more extensive than that provided for in Article VII of the 1951.

Indeed, this Convention provides that “the military personnel of N.A.T.O. shall, in all circumstances and at all times, be subject to the exclusive jurisdiction of their respective national elements with respect to any crimes, misdemeanors or offenses which may be committed by them in the territory of Bosnia and Herzegovina.” It should be noted that the privilege of jurisdiction granted by this stipulation proves to be in harmony with the provisions of article 59 of the French Military justice code, which refer to “offences of any kind”, which includes simple contraventions; as in article 59, this stipulation does not also impose the restrictive notion of the commission of acts in the execution of the service of the soldier in question. These very general terms thus made it possible to prevent immunity from any offenses.

---

<sup>157</sup> In November 1999, it became the “Paris army court” which was subsequently abolished to assign its jurisdiction to the specialized military chamber of the judicial tribunal of Paris.

<sup>158</sup> Appendix B to Annex 1A of the Peace Accords concerning the former Yugoslavia (known as the Dayton Accords), containing the bilateral Bosnia and Herzegovina/NATO agreement.

In Kosovo, the legal techniques implemented are original and different, but they lead to practically the same result. This “territory” is not a State subject to international law and the United Nations Special Representative only has a special mandate limited to the internal civil administration of the territory<sup>159</sup>. The status of the Allied forces in Kosovo was therefore not subject to a ratified international agreement; however, the local courts are required to respect the acts taken by this authority. In application of the principle of territorial sovereignty, all residents of Kosovo are subject to local law, constituted by Yugoslav law prior to March 23, 1989 amended by the decisions (“regulations”) of the Special Representative. By virtue of his powers, the Special Representative issued a regulation, having the force of law in Kosovo, which prohibits local courts from trying a member of KFOR, granting these personnel full immunity from jurisdiction<sup>160</sup>, like that from which Allied soldiers benefit in Bosnia and Herzegovina.

In practice, offenses of any kind perpetrated by a member of the French forces in Kosovo therefore never come under local jurisdiction, they are judged by the Paris court under the terms of article 59 of the French Military justice code which receives full application in lack of international agreement limiting its field of competence. In fact, and this was undoubtedly the objective sought by the parties concerned, in Kosovo as in Bosnia and Herzegovina, the members of the forces are judged exclusively by their national element according to their national law.

In summary, members of the French forces are subject to local law, except when the matter is expressly reserved by specific stipulations of an international or bilateral agreement. So, to synthesize what has been said, a simple, clear and effective criterion can be highlighted: Every time the Paris court has jurisdiction, French criminal law is applicable. Each State applying its national law, it suffices to determine the scope of jurisdiction of the judicial Paris Court to measure the extent of the application of French law. Conversely, local law will be applicable every time the local court retains its jurisdiction; this is an infrequent situation since the soldier in question is quickly repatriated to his country of origin.

It should be noted that this wide scope of jurisdiction of the judicial Paris Court, admittedly flexible according to the agreements, does not establish for French soldiers a generally unfavorable regime compared to that of any French civil national abroad whose criminal liability in France is limited by

---

<sup>159</sup> Article 6 of United Nations Security Council Resolution 1244 51 Regulation No. 1999/24 of 12 December 1999.

<sup>160</sup> Regulation n° 2000/47 of August 18, 2000.

special provisions of the French penal code<sup>161</sup>. So, this very wide jurisdiction of the Paris court governed by the specific provisions of article 59 of the military justice code can be considered as the counterpart of their local immunity of local jurisdiction.

On the practical level, the French regulatory provisions of penal labor law which sanction the regulations on the prevention of accidents at work, are expressly extended, with the possibility of adaptation, to French establishments abroad, that is to say to French soldiers but also to local civilian employees, when these agents carry out non-military tasks<sup>162</sup>. This question, which would essentially concern fines, seems to have to be left to the appreciation of the public prosecutor in his power to assess the appropriateness of prosecution, besides he is informed by the opinion of the Minister of Defense and it should be noted that all the opinions given by the Minister of Defense on offenses committed abroad always seem to have been based on a legal assessment with regard to French civil and military laws.

Consequently, the principle of solidarity of legislative and jurisdictional competences seems traditionally accepted even if this matter is not explicitly ruled out by an international agreement. Beyond the doctrinal debate, it is up to the French judicial Paris Court to assess the scope and methods of application of the French penal laws to the proceedings. Besides, as positive law stands, all criminal French courts apply French criminal laws to all penal proceedings.

## **II.2 Criminal statute includes obviously incriminations of the CPI.**

It's obvious that French soldiers may be sentenced for violations of international principles of the law of armed conflict and humanitarian law too.

France signed the Rome Statute on July 18, 1998 which was ratified on December, 29, 1999 after an unanimously vote of the French parliament. The French Constitution has been consequently revised.

Nevertheless, in order to allow the Paris Court to apply the penalties provided for by French penal laws, the transposition of all the international incriminations of the CPI into our domestic penal code has been necessary.

---

<sup>161</sup> French people are normally judged by local Courts. But if they are not tried by a local Court and if it is a crime (offense punishable of 10 years of criminal detention or more) the Public Prosecutor of Paris Court has the possibility to engage criminal proceedings by referring an investigating judge (Principle of active competence of French Courts for crimes committed abroad by a French). Nevertheless, any French victim can initiate penal proceedings for all offenses punishable by imprisonment (Principle of passive competence).

<sup>162</sup> Article 27 of French decree no. 85-755 of July 19, 1985.

### **II.2.1 The harmonization work of the legislator.**

A work of rewriting of the incriminations contained in the statutes of the international criminal Court (ICC) into the French criminal code has been done by the law adapting the statutes of the ICC of August 9, 2010<sup>163</sup>.

This rewriting in our internal penal code was absolutely necessary. Indeed, under article 111-3 of the French penal Code, “No one may be punished for a crime or for an offense the elements of which are not defined by law”. This principle of legality implies in particular that the act prosecuted must fall within a legal incrimination clearly defined and accompanied by precise penalties in our penal code, our military justice code and some special internal laws. Consequently, the charges contained in an international agreement ratified by France could not be directly applicable by the French courts insofar as the nature and quantum of the penalties applicable to each of them were not provided for by domestic laws. It has been therefore necessary to integrate these incriminations into our domestic laws by clarifying and supplementing them and adapting to our principles of internal law; also, and above all, it has been absolutely indispensable to determine the applicable penalties.

However, in practice the French penal legislation was relatively complete because it encompassed in a different form most of the incriminations provided for by the statutes of the International Criminal Court (ICC). So, before the promulgation of the law adapting the statutes of the ICC of August 9, 2010, domestic French penal law did not in fact ignore violations of the laws and customs of war.

On the one hand, acts qualified as crimes against humanity (genocide, deportation, enslavement, massive and systematic practices of summary executions, etc.) were specific incriminations planned in the articles 211-1 to 213-5 of the new Penal Code applied since 1 March 1994.

On the other hand, the Military justice code which contains the list of purely military crimes and offenses alluded to other violations of the law of armed conflict. So, this code did not ignore some specific war crimes or offenses; for example, the stripping of the dead, the wounded and prisoners, as well as improper use of protected signs or emblems were punished<sup>164</sup>. Nevertheless, adopting the principle of assimilation to common law, this code indicated their residual character in a fairly general way. For example, the use of torture on a prisoner was punishable by article 222-1 of the common Penal Code, which punished the fact of subjecting anyone to acts of torture or barbarism.

---

<sup>163</sup> About this law see my article published in the review of AIJM.

<sup>164</sup> This assimilation was expressed for the first time in article 2 of the ordinance of 28 August 1944 on the repression of crimes committed during the Second World War.

Moreover, the general disciplinary regulations in the armies also reminded the military to respect the “rules of international law applicable to armed conflicts and to conventions duly ratified or approved”. In the absence of specific incrimination, non-compliance with these rules, are considered as general instructions given to soldiers, punishable by a maximum prison sentence of five years.

## **II.2.2 The law of 9 august 2010 adapted the French penal code to the incriminations of ICC.**

Following the entry into force on July 1, 2002 of the convention signed in Rome on July 17, 1998 and establishing an International Criminal Court (ICC), the substantive French legislation has been thus adapted to this Convention by the promulgation of the law of 9 August 2010. This law integrated new provisions orderly arranged in a new book of the French common penal code.

It should be noted that this law adapted the incriminations of the ICC to the French penal code without really rewriting them identically; so, it has been possible to clarify, complete and refine the original text in details. As has been said, initially this work was indispensable because the Rome Statute only defined incriminations but did not match them with the corresponding penalties. The new law has thus allowed the French penal Courts to prosecute and sentence soldiers by applying clear and detailed domestic penal laws which integrated both the incriminations and the sanctions in our penal code. Thus, the law inserted a new book into the French common penal code by creating new articles containing all the incriminations provided for in the statutes of the ICC.

The main features of this law are follows:

War crimes or offenses the offenses are defined as “Crimes or offenses committed, during an international or non-international armed conflict and in connection with this conflict, in violation of the laws and customs of war or international conventions applicable to conflicts armed against the persons or property” protected by special provision<sup>165</sup>.

Some crimes are punished by life imprisonment as “The act of attacking or bombarding, by any means whatsoever, towns, villages, dwellings or buildings, which are not defended and which are not military objectives”<sup>166</sup>, “Launching a deliberate attack in the knowledge that it will cause incidental loss of civilian life or injury to the civilian population which would be manifestly disproportionate to the concrete and direct military advantage expected of the

---

<sup>165</sup> Article 461-1.

<sup>166</sup> Article 461-24.

whole attack"<sup>167</sup> or "The fact of participating either in the transfer, direct or indirect, by an occupying power, of part of its civilian population into the territory it occupies, or in the deportation or transfer inside or outside the occupied territory of the whole or part of the civilian population of this territory"<sup>168</sup>.

The notion of "military necessity" made it possible to bring some flexibility to the application of some incriminations about damage to property<sup>169</sup>.

With regard to self-defense, the law sets some limits on the questioning of the penal liability of the perpetrator of a war crime. Indeed, self-defense cannot be invoked if there is "disproportion between the means of defense employed and the seriousness of the offence". Nevertheless article 462-11 of the penal code provides that "is not a crime the fact, in order to perform an act necessary for the exercise by France of its right of self-defense, of using nuclear weapons or any other weapon of which the use is not prohibited by an international convention to which France is party".

On the other hand, the conditions for questioning the criminal liability of the military and civil hierarchy has been also planned. So, the passive complicity of crime against humanity or war crime committed by a subordinate has been clarified. Thus article 462-7 provides that is personally criminal responsible "the chief or the person who served him, who knew or, because of the circumstances, **should have known** that his subordinates were committing or were about to commit this crime or misdemeanor and who did not take all the necessary and reasonable measures that were in his power to prevent or suppress its execution or to refer it to the competent authorities for the purposes of investigation and prosecution"... "Is also considered as an accomplice to a crime or war offense committed by subordinates placed under his effective authority and control, the superior not exercising the function of military commander, who knew that these subordinates were committing or were about to commit such a crime or deliberately neglected to consider information which clearly indicated it and who did not take all the necessary and reasonable measures which were in his power to prevent or suppress its execution or to refer it to the competent authorities for the purposes of investigation and prosecution, while the crime or misdemeanor was linked to activities for which he is responsible or its effective control".

---

<sup>167</sup> Article 461-27

<sup>168</sup> Article 461-26.

<sup>169</sup> Article 461-16 provides that "Unless they are justified by military necessity", thefts, extortion as well as the destruction, degradation and deterioration of property committed against a protected person also constitute crimes or war offenses and are liable to increased penalties.

The order of the law or the command of the legitimate authority cannot be exempt from liability. The article 462-8 provides that the perpetrator or accomplice of a war crime or misdemeanor cannot be exonerated from his criminal responsibility “solely because he has performed an act prescribed or authorized by legislative or regulatory provisions or an act ordered by legitimate authority. However, the court considers this circumstance when determining and fixing the amount of penalty”. In addition, the author or the accomplice is not criminally responsible in the event that he did not know that the order of the legitimate authority was illegal on the condition that this order should not be “manifestly illegal”.

Finally, with regard to prescription, the position of French penal code differs from the Rome Convention in that it makes the distinction between crimes of humanity and war crimes<sup>170</sup>. Only crimes against humanity are imprescriptible because traditionally in French law the existence of a rule of limitation is a fundamental principle recognized by the laws of the Republic of constitutional value. Only the crime against humanity is therefore, by its nature, imprescriptible.

\*  
\* . \*

We have seen the complexity and variety of the international legal context with which the French armed forces are confronted in operations outside the national territory. Given this sometimes-difficult legal context to assess, French soldiers taking part in armed conflicts or peacekeeping operations under an international mandate, have a legitimate fear of incurring criminal liability for their actions.

However, these fears must be put into perspective. It is obvious that the objective of armed operations is to use a deterrent force, the very nature of which is to use lethal weapons. It is of course clear that the criminal liability of a soldier is fully engaged when he gets involved in personal actions considered as abuses which one can consider as unsusceptible to being linked to the mandate of the forces. If the behavior of the soldier is manifestly committed outside the

---

<sup>170</sup> Public action with regard to the war crimes defined is prescribed after thirty years. The sentence pronounced in the event of conviction for one of these crimes is prescribed by thirty years from the date on which the conviction became final.  
Public action with regard to other war offenses is prescribed after twenty years. The penalty imposed in the event of conviction for one of these offenses is prescribed by twenty years from the date on which the conviction became final.

mission set by the international mandate, the abuses can therefore be criminally assessed. This would include, for example, murder or violence outside cases of self-defense or state of necessity and in any case rape or sexual abuse, torture, looting, trafficking and all acts contrary to laws and customs of war as well as the national law and local laws of the occupied country.

Admittedly, the question is more difficult to assess harmful acts committed in the legitimate exercise of the mandate of the force projected outside the territory. Sometimes it may be qualified as an abuse of the application of the laws despite the good faith of their authors. This is the case, for example, most of the time, with the inopportune use of weapons at a roadblock (checkpoint) by killing a civilian motorist or seriously injuring him. In these particular hypotheses which may engage the responsibility of our forces, the relaxation of the rules of the French penal code now seems sufficient.

Since French legislation is now adapted to missions of pacification of French armies abroad, it is now up to the Paris Court legally controlled by the French Cassation Court to wisely apply the new precise recommendations of the legislator to the factual circumstances.

---

#### **Nota sobre o autor**

Pierre Bricard

Former French civil judge currently retired. As a Colonel, he had the opportunity to serve as Legal Adviser to the US army general commanding in chief the NATO Forces in Bosnia and Herzegovina.



---

ACERVO HISTÓRICO



**Acervo Histórico**

**PROCESSO Nº 2506/1970**  
**SEQUESTRO DE AERONAVE COMERCIAL**

**CARLOS VUYK DE AQUINO**  
Ministro do Superior Tribunal Militar

Os arquivos do Superior Tribunal Militar conservam documentos originais de processos julgados no âmbito da Justiça Militar da União e que, pelo tempo decorrido ou pelo significado do fato delituoso e de suas repercussões, assumem agora conotações de interesse histórico, fazendo-se merecedores de serem revisitados.

A presente abordagem busca exatamente pontificar um Processo dessa natureza, com delito típico de um período conturbado por motivações políticas: um sequestro de aeronave comercial bem sucedido, com autor perfeitamente identificado.

Trata-se do sequestro da aeronave PP-SMC, Boeing 737 da VASP, ocorrido em 14 de maio de 1970, quando em voo no trecho Rio de Janeiro/Manaus, tendo seu curso desviado para Havana/Cuba. Evidenciava o cometimento de crime capitulado na Lei de Segurança Nacional, o que atraiu a competência da Justiça Militar da União para seu processamento e julgamento.

### **CONTEXTO HISTÓRICO**

O Brasil vivenciava os primórdios dos anos 70, em um contexto social de atmosfera por vezes reacionária e conflitante, a contrastar com a ambiência otimista de perceber a economia do país sendo revigorada, caminhando para chegar a ser a 8ª do mundo, processo rotulado como o “milagre brasileiro”.

Os movimentos sociais de contracultura e os avanços tecnológicos buscavam seus espaços, com o patriotismo exacerbado pelo milésimo gol do nosso “Pelé” e pela eufórica conquista do tricampeonato mundial de futebol.

Foi uma época em que lá fora a internet ainda ensaiava os seus primeiros passos, mas a humanidade se agigantava com o pouso na lua e a breve caminhada de um homem a simbolizar uma conquista de todos nós.

Em contraponto, o ambiente social era conturbado pelo incremento de reações ao governo militar, com organizações revolucionárias elegendo o enfrentamento armado como forma de minar o sistema e de lograr implantar no país um regime de orientação socialista. Vigoravam, então, o Ato Institucional nº 5/1968 e a Lei de Segurança Nacional/1969.

O início dos anos 70 contempla o auge das guerrilhas urbana e rural, em que se avolumaram, entre outras práticas, o sequestro de autoridades, para induzir a libertação de presos políticos, e o sequestro de aeronaves, ambos evitados de sentimentos revolucionários e geradores de forte exposição na mídia.

Sequestros de aeronaves por motivação política não eram tão comuns no Brasil, mas nos anos de 1969 e 1970 são contabilizados 10 (dez) eventos dessa natureza com aeronaves de matrícula brasileira, 9 (nove) deles objetivando Cuba como destino final.

### **A DINÂMICA DOS FATOS**

A narrativa inserta nos Autos identifica métodos bem característicos de sequestros, que se valiam da simplicidade dos procedimentos de segurança até então vigentes, bem distintos do rigorismo hoje existente, sobretudo após os eventos do “11 de setembro de 2001”, nos Estados Unidos.

Em sendo assim, o estudante CLÓVIS MICHELS, de 23 anos de idade, embarcou normalmente em Porto Alegre/RS, em aeronave Boeing 737 da VASP, prefixo PP-SMC, com escala de pernoite no Rio de Janeiro/RJ, quando então prosseguiria para Manaus/AM (voo VASP 290).

No dia seguinte (14 de maio de 1970), embarcou amparado por funcionário da empresa, visto que trajava roupa de interno de hospital, com o braço direito engessado por baixo da camisa, vindo a sentar-se na primeira fileira de poltronas da aeronave.

Cerca de trinta minutos antes do horário previsto para o pouso em Manaus, CLÓVIS MICHELS foi ao banheiro dianteiro, retirou o gesso que encobria dois revólveres calibre 38 e, na sequência, adentrou a cabine de comando, que se encontrava com a porta aberta, anunciando o sequestro e ordenando um desvio para Cuba. O sequestrador tinha preso à roupa duas ampolas contendo “suposta” substância explosiva, que alegou ser nitroglicerina.

Após diálogo com o Comandante da aeronave, ficou acordado que pousariam em Georgetown/Guiana, por absoluta necessidade de abastecimento de combustível e para o desembarque de passageiros.

Em Georgetown, após demoradas negociações, houve o reabastecimento e o desembarque dos passageiros e comissários de voo (exceto um, que permaneceu para apoio aos pilotos). Liberada a aeronave, ocorreu a decolagem e posterior pouso normal em Havana, onde já era aguardada por autoridades locais e forte aparato policial.

Uma vez a bordo, as autoridades recolheram as armas do sequestrador e o conduziram com sua bagagem. A tripulação foi levada para o prédio da administração do aeroporto, onde pilotos e comissário foram individualmente fotografados e interrogados, sendo após conduzidos a um hotel onde

permaneceram sob custódia, aguardando os trâmites para a liberação da aeronave, o que só veio a ocorrer seis dias depois, com a intermediação de representantes da Embaixada da Suíça e o compromisso do Brasil de saldar dívida imposta pelo governo cubano, referente a taxas e indenizações.

A decolagem de regresso ao Brasil ocorreu no dia 21 de maio de 1970.

### **O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O competente Inquérito Policial Militar foi imediatamente instaurado, tendo o Comandante da aeronave sido ouvido em Belém/PA, quando do primeiro pouso no Brasil ao regressar de Havana. Foram também posteriormente ouvidas diversas testemunhas, dentre passageiros e comissários, bem como o genitor do sequestrador.

O encarregado do Inquérito concluiu o seu relatório nos seguintes termos:

Assim, encerrando o presente, é o Encarregado deste Inquérito de parecer que CLÓVIS MICHELS, sequestrador reconhecido pelos tripulantes e passageiros (fls. 238 à 251), atualmente em Havana, Cuba, ao sequestrar a aeronave BOEING 737 – PP SMC em pleno vôo, no dia 14 de maio de 1970, conforme foi sobejamente configurado, cometeu crimes capitulados na Lei de Segurança Nacional (Dec. 898 de 29 de setembro de 1969).

E como o fato apurado constitui crime de competência da Justiça Militar, sejam êstes autos remetidos ao Exmo Sr. Ministro de Estado da Aeronáutica, a quem incumbe solucionar o mesmo e remetê-lo à autoridade competente, na forma do § 1º do artigo 23 do Código de Processo Penal Militar.

O Ministro da Aeronáutica, autoridade determinante do Inquérito, acolheu as considerações emitidas pelo encarregado do IPM em seu relatório, apondo a competente solução, como segue:

(...) RESOLVO concordar com as conclusões do relatório de fls. 254 usque 256, para entender caracterizados ilícitos da maior gravidade, capitulados na Lei de Segurança Nacional – Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969.

É indiciado CLÓVIS MICHELS, autor do sequestro da aeronave, que assim agindo incidiu nos crimes capitulados nos artigos 28, 29, 46 e 47 do Decreto-Lei 898, de 29 de setembro de 1969.

Determino, pois, que sejam êstes autos remetidos, com a possível urgência, ao Exmº Sr. Dr. Auditor da 1ª Auditoria da Aeronáutica (...).

Observados os trâmites legais, foi feito o encaminhamento ao Procurador da 8ª Circunscrição Judiciária Militar, que se pronunciou ofertando denúncia contra o sequestrador Clóvis Michels como incurso na sanção do

artigo 28 do Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969 (Lei de Segurança Nacional), que assim dispõe:

**Art. 28.** Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo:

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

Parágrafo único. Se, da prática do ato, resultar morte:

Pena: prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo.

No teor da denúncia, datada de 29 de dezembro de 1970, o Procurador destaca a temeridade da ação delitiva, consignando-a nos seguintes termos:

O procedimento delituoso do acusado, (...) revela a sua extrema periculosidade, pois que, demonstrando a todo instante que levaria a cabo o seu intento, não só colocou em evidente perigo as vidas de todos os ocupantes do avião, durante o seu percurso até Havana, como, também, contribuiu, afora os prejuízos materiais, para a detenção dos tripulantes, por seis dias, naquele país.

Nestas condições, está CLÓVIS MICHELS incurso na sanção do artigo 28 do Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969 (Lei de Segurança Nacional), razão por que este órgão do Ministério Público oferece contra o mesmo a presente denúncia, que espera seja recebida, para o fim de ser instaurada a competente ação penal, com observância das formalidades legais, inclusive inquirição das testemunhas abaixo arroladas: (...).

A denúncia foi devidamente recebida pelo Auditor da 8ª CJM, conformando o Processo nº 2506/1970, a ser disponibilizado para julgamento pelo Conselho Permanente de Justiça da Aeronáutica.

Em face da ausência de Clóvis Michels, ainda exilado em Cuba, a citação do Réu foragido para se ver processar e julgar ocorreu por Edital publicado no Diário da Justiça do Estado do Pará e em periódicos de maior circulação. Em Sessão do Conselho de Justiça em 8 de fevereiro de 1971, foi decretada a revelia do Réu, sendo nomeado um advogado de Ofício para atuar como Curador, devidamente registrado em Ata da Sessão.

Instruído o Processo, o Conselho Permanente de Justiça da Aeronáutica reuniu-se no dia 9 de agosto de 1971, em Sessão Plenária de Julgamento. Ouidas as partes, com o Procurador Militar pedindo a condenação do réu e a defesa pugnando por sua absolvição, o Conselho decidiu, por unanimidade de votos, condenar o réu como incurso no art. 28 do Decreto-Lei nº 898/1969 (Lei de Segurança Nacional), aplicando-lhe a pena de trinta (30) anos de reclusão.

A sentença estampa os fundamentos e razões da decisão, como observado no excerto que se segue:

(...)

Considerando que a prova dos autos é completa e cabal, tanto quanto ao crime, quanto a sua autoria;

Considerando que o acusado agiu com absoluto descaso pela vida dos passageiros e do pessoal de serviço da aeronave;

Considerando que a sua audácia e periculosidade ficaram fartamente comprovadas pelo fato de prometer ainda a sua volta ao Brasil para efetuar futuros sequestros, bem como, por dizer em comício público em Havana, que tinha sequestrado o avião para prejudicar os trustes americanos e ajudar a revolução cubana;

Considerando que nos autos estão provadas a absoluta ausência de sentimentos elevados ou de ideologia defensável, ficando evidenciado ser o réu um apátrida e um subversivo vulgar;

Considerando que tais crimes são danosos pelos riscos a que ficam expostos dezenas de pessoas de todas as idades, que se transformam em vítimas imbeles de um desnaturado;

Considerando que também são grandes os prejuízos materiais que tais crimes acarretam, e que não são desprezíveis os vexames e humilhações a que ficam expostos os passageiros e tripulantes das aeronaves.

Por tudo isso e mais o que consta dos autos, o Conselho Permanente de Justiça da Aeronáutica, resolveu, por unanimidade de votos, condenar o civil CLOVIS MICHELS, já identificado no início, como incurso na sanção do artigo 28 do Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, aplicando-lhe por maioria de votos (3x2), a pena de 30 (trinta) anos de reclusão.

Expeça-se mandado de prisão contra o réu condenado e lance-se o seu nome no rol dos culpados, na devida oportunidade.

Publique-se, registre-se, intime-se e façam-se as devidas comunicações.

Sala das sessões dos Conselhos, na Auditoria da Oitava Circunscrição Judiciária Militar, em Belém do Pará, aos nove dias do mês de agosto do ano de mil novecentos e setenta e hum.

(...).

Em verdade, dada a situação de revel do condenado, a sentença nunca pôde ser executada, ainda que o competente mandado de prisão tenha sido expedido. Os autos permaneceram em cartório, aguardando uma eventual captura ou apresentação do réu para o prosseguimento do feito.

## EVOLUÇÃO DA AMBIÊNCIA POLÍTICO/SOCIAL

Decorrente da evolução do cenário político, sobretudo na metade superior dos anos 70, organizações da sociedade civil passaram a fazer pressão por um processo de anistia “ampla, geral e irrestrita”, com o apoio de diversas entidades de reconhecida influência.

É certo que o Presidente Ernesto Geisel já havia anunciado que daria início a medidas objetivando uma “lenta, gradativa e segura distensão”, que pavimentariam uma futura transição para a redemocratização.

Dentre tais medidas figurava a concessão de anistia, instituto levado adiante pelo Presidente João Figueiredo, que, em junho de 1979, encaminhou ao Congresso Nacional um Projeto de Lei nesse sentido.

Após as deliberações e aprovação no Congresso, o Presidente da República sancionou a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, que entrou em vigor na data de sua publicação, concedendo Anistia e estipulando seu alcance e providências:

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

(...).

Para sua aplicação, requereu especial atenção o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei, visto que excetuava “dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.” (Grifo nosso).

A amplitude da expressão “foram condenados” demandava, portanto, interpretação conceitual.

A escorreita jurisprudência, lastreada em reiterado entendimento do Superior Tribunal Militar na apreciação da anistia concedida pela Lei nº 6.683,

de 28 de agosto de 1979, levou à edição do Provimento nº 10, do STM, publicado em Boletim da Justiça Militar nº 040, de 19 de setembro de 1979, estabelecendo em seus considerandos que:

(...) somente os definitivamente condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal estão excluídos da anistia concedida pela referida lei, bem ainda os que respondem ou responderam à ação penal pelo crime previsto no artigo 27 do Decreto-Lei nº 898/69, sem motivação política; (Grifo nosso).

CONSIDERANDO que as prisões preventivas ou decorrentes de condenação em primeiro grau nos crimes anistiados não podem prevalecer senão como iminente constrangimento ilegal,

RESOLVE recomendar que os Doutores Juízes-Audidores adotem, com urgência, as medidas necessárias ao recolhimento dos mandados de prisão porventura expedidos contra os acusados anistiados.

(...)

Cientificado do teor do Provimento, o Procurador-Geral da Justiça Militar encaminhou Parecer ao Juiz-Auditor da 8ª CJM, datado de 9 de outubro de 1979, pugnando pelo recolhimento do mandado de prisão emitido em desfavor de CLÓVIS MICHELS, condenado à revelia pelo crime de sequestro de aeronave, nos seguintes termos:

(...)

Já no dia 28 de agosto do corrente ano, entrou em vigor a Lei nº 6.683, que concedeu anistia “a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, ...”, excetuando, em seu § 2º, desse benefício, “os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.”

Ocorre, porém, que o Provimento nº 10 expedido pelo Exmo. Sr. Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar, no exercício do cargo de Presidente, claramente elucida que “somente os definitivamente condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal estão excluídos da anistia concedida pela referida lei, ...”.

Ora, como esse Provimento alude, somente, aos DEFINITIVAMENTE CONDENADOS, o que significa dizer com sentença transitada em julgado, é evidente que a recomendação no mesmo feita aos Doutores Juízes-Audidores, para que “adotem, com urgência, as medidas necessárias ao recolhimento dos mandados de prisão porventura expedidos contra os acusados anistiados”, envolve a situação do réu no presente processo, civil CLÓVIS MICHELS, em virtude de não haver sido ele, ainda, condenado em definitivo pela Justiça Militar.

Este é o parecer desta Procuradoria, salvo melhor entendimento.

(...).

De forma incontinente, acolhendo o Parecer do Procurador-Geral, o Juiz-Auditor da 8ª CJM proclamou extinta a punibilidade do réu CLÓVIS MICHELS, por força da anistia concedida.

Em seu Despacho, o Juiz-Auditor reafirmou o entendimento de que o réu em questão não havia sido ainda “definitivamente condenado”, inexistindo portanto “decisão condenatória já transitada em julgado”. Determinou assim a conclusão do Processo:

(...)

Dentro dos mais simples princípios de hermenêutica jurídica, a expressão condenado recai apenas sobre aqueles que tenham sido alcançados por decisão condenatória já transitada em julgado, isto é, aqueles que já estejam definitivamente condenados.

Nesse sentido está o Provimento nº 10, baixado pelo Exmo. Sr. Ministro Vice-Presidente do Egrégio Superior Tribunal Militar, no exercício do cargo de Presidente deste, quando considerou que somente os definitivamente condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal estão excluídos da anistia concedida pela referida Lei nº 6.683.

Dessa maneira, com base nesta e no Provimento já citado e tendo em vista ainda o bem elaborado parecer do Dr. Procurador Militar, julgo extinta a punibilidade, pela anistia do réu CLOVIS MICHELS, determinando, em consequência, as necessárias providências no sentido de serem recolhidos os mandados de prisão contra ele expedidos nas devidas oportunidades.

(...) (Grifos no original).

O caso de sequestro de aeronave presentemente abordado constitui processo típico de um cenário político vivenciado pela sociedade brasileira, pelo que a Justiça Militar da União o cataloga como de “Acervo Histórico”.

O inteiro teor do Processo nº 2506/1970 pode ser acessado a partir do sítio do STM, no endereço [stm.jus.br](http://stm.jus.br), na aba “informação”, link “Difusão da Memória da JMU”, pesquisando “Autos findos nº 1391/1979”, composto por dois volumes.

*ATA Nº 01, de 09.01.80  
Folha Nº 171 de 19-01-80*

*2º VOLUME*

**N.º 237**

19 70



*VR. II*

**Fls. 262**

REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL  
AUDITORIA DA 8.ª REGIÃO MILITAR  
(EXÉRCITO, MARINHA, E AERONÁUTICA)  
SÉDE – BELÉM – ESTADO DO PARÁ

*2506*

**Auditor :** Dr. LUIZ ALEXANDRE DE OLIVEIRA

**Escrivão :** HERNANDO BARREIROS DA SILVA

**CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA  
DA AERONÁUTICA**

**Autora – A JUSTIÇA MILITAR**

**Acusado** GLOVIS MICHELS, brasileiro, estudante, com 23 anos de idade, que res-  
sidiã à rua Armando de Barros, Hotel Botucatu, São Paulo e atualmente em Havana

**AUDITORIA DE CORREÇÃO  
DA JUSTIÇA MILITAR**

**Crime** previsto no art. 28, do Dec.-Lei 898, de 29-9-969

**Autos nº 1391**

**23 NOV 1970**

**AUTUAÇÃO**

Aos vinte nove dias do mês de dezembro do ano  
de mil e novecentos e setenta, nesta cidade de Belém, Capital do Estado do Pará,  
nesta Auditoria, da 8.ª Região Militar, autuo o processo, que ádeante se segue; do que, para constar, lavro  
este termo.

Eu, *Hernando Barreiros da Silva*  
ESCRIVÃO

6861-1-10-Pará

**SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

**2506**

**ARQUIVO  
E. 15/01/80**

Edição de Noite  
12 Páginas

# A NOTÍCIA

CORTES

PREÇO DE EXEMPLAR:  
A NOTÍCIA

Preço Tonreiro Aranha, 98

"Cada um jornal para que o humilhado também possa ter o direito de se defender". — FELIX FINA

Ano II — N.º 308

Manaus, sábado, 16 de maio de 1970

## SEQUESTRADOR ILUDIU TODO MUNDO

**RIO, 15 (A3B). —** A VASP não sente inferioridade porque Fidel Castro resolveu aumentar os preços da taxa de resgate, mas "não se pretende a divórcio da empresa, uma vez que cinco mil dólares correspondem, no mesmo dia-hora, mais de 20 mil cruzeiros". Os 41 passageiros detidos em Georgetown pelo sequestrador, a pedido da tripulação, chegaram hoje em Manaus, onde terminaria a viagem do Boeing. Os passageiros foram apinhados por outro aparelho da companhia e a direção da VASP informou que ainda não tem condições de determinar os prejuízos ocorridos à companhia pelo sequestrador de seu aparelho. Está sendo feita a levantamento e a VASP acha que é totalmente impossível de fazer qualquer estimativa a respeito.

FIM DO SEQUESTRO



A espedição do público e de várias famílias só acabou quando o artilheiro do resgate (foto) passou em Ponta Pelada. Todos os passageiros, negros, brancos, chineses e coreanos, foi e ditos são, estão, as 18 horas, de avião do Boeing 707 da VASP no nome de sua viagem à China, pelo qual o regime chinês pagaria de \$200 mil dólares.

Michel fêz tudo para ser notado

**RIO (A3B). —** O sequestrador de Medellín, conhecido pelo resgate de \$2 milhões, foi o piloto da VASP, João Paulo de Jesus, conhecido como Michel. Ele foi o único a não ser libertado imediatamente, mas foi libertado depois de alguns dias em um embarque no avião da VASP, com o nome de João Paulo de Jesus. Ele foi o único a não ser libertado imediatamente, mas foi libertado depois de alguns dias em um embarque no avião da VASP, com o nome de João Paulo de Jesus.



Dona Adilza Luz, secretária-executiva da SUPRAM, foi a primeira que deixou o avião.



Vilfredo Câmara, secretário de Educação, com a esposa e duas filhas, continua a ser notado como o de quem manuseia a parte do ar, Clóvis Michel.



O prof. Nery Nogueira, presidente do Instituto de Jurisprudência, conversa com a Polícia Federal, em Ponta Pelada.



Deputado Américo Mendes (Arenas-Minas Gerais) recebido por Carlos Souza, agente da VASP.



As secretárias Bêty e Hilda, na Embé da VASP, ficaram cativas.



O espanhol Karl Bandy, de Odessa, estava à bordo.

Fls. 55

M. AER. - Aeronave BOEING 737 PP-SMC, da VASP, sequestrada no dia 14 de maio de 1970, pousada no Aeroporto de Belém.



**WASP** VIACAO AEREA SAO PAULO S. A. INSCRITO NO CADASTRO GERAL DE EMPRESAS AERONAUTICAS - ENTRO DO VASO AEREO N.º 1023300  
 DIRETOR DE OPERACOES DE VOO N.º 2 4-3432 Nº 10688  
 INSCRIÇÃO DE TAGARELA E NOTA DE BAGAGEM  
 BULETES CONECTIVOS

INSCRIÇÃO DE TAGARELA E NOTA DE BAGAGEM Nº 10688  
 BULETES CONECTIVOS

DESTINO: JATO  
 CLASSE DE TARIFAS: JATO  
 CIDADÃO CARBONO: 42.030.903.012

VALOR PARA O TRANQUILIZANTE ENTRE OS PONTOS DE PARADA: 70,00

LIBRE	AMPLIADA	NAO AVI	UC	CLASSIFICACAO	TARIFA	VIA EMPRESA	INSTRUMENTO	VALOR
20	06	06	06	PONTA AEREA	JATO	VAST	070	70,00
20	70	70	70	SAO PAULO DE JANEIRO	JATO	VAST	290	290,00
				MANAUS				845,00

TOTAL: 955,20  
 FORMA DE PAGAMENTO: CASH

SR. CLOVIS NICHELES

VALOR DO PASSAGGIO

INSTRUMENTO

DEPARTAMENTO DE OPERACOES DE VOO  
 SAO PAULO, 15 DE MARÇO DE 1966



JURISPRUDÊNCIA





---

Apelação



---

**APELAÇÃO Nº 7000276-84.2021.7.00.0000**

---

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

Revisor: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Apelante: Paulo Alves Santos.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Gláucio Roberto Pereira (OAB: MG196585) e Gladston Clayton de Oliveira (OAB: MG80237).

---

**EMENTA**

APELAÇÃO. DEFESA. FALSIFICAÇÃO DO SELO OU SINAL PÚBLICO. ART. 296, § 1º, INCISO III, DO CP. PRELIMINAR. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO ART. 433 DO CPPM. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. CONSTATAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

Arguida de ofício a nulidade da Ação Penal Militar a partir do art. 433 do CPM, constatou-se que, após a prolação da Sentença condenatória e no momento da Apelação, as partes não se insurgiram quanto à não realização da sessão de julgamento com sustentação oral. Portanto, trata-se de matéria preclusa.

Preliminar rejeitada. Decisão majoritária.

A conduta delitiva, apurada nos presentes autos, extrapola, e muito, àquela tipificada no art. 172 do CPM (Uso indevido de uniforme, distintivo ou insígnia militar por qualquer pessoa). A questão não se restringe à mera utilização de uniformes ou de insígnias militares como a Defesa quer fazer crer, tendo em vista que os fatos perpassam, não só, pela utilização de fardas e de

uniformes, mas sim pelo uso de símbolo privativo do Exército e de siglas assemelhadas às das Organizações Militares.

O desenrolar da temática traz juízo de certeza quanto à identificação do autor da conduta. A prova documental e as declarações testemunhais dão nota da prática do crime em comento. No mais, conforme averiguado, é inarredável o *animus* de colacionar a imagem da “associação” à imagem do Exército Brasileiro. Tanto é assim, que o agente violou o tipo de falsificação de selo ou sinal público por, pelo menos, 3 (três) vezes, expondo a continuidade delitiva da ação.

Apelo não provido. Decisão unânime.

---

## 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 maioria**, rejeitou a preliminar suscitada, de ofício, pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Relatora), de nulidade da Ação Penal Militar nº 7000012-78.2020.7.04.0004, a partir da fase do art. 433 do CPPM, para que fosse observado o devido processo legal pela instância de origem, com a consequente apresentação de sustentação oral pelas partes. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo, para manter incólume a Decisão recorrida – que condenou Paulo Alves Santos à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, como incurso no art. 296, § 1º, III, c/c art. 71, ambos do Código Penal, a ser cumprida no regime inicial aberto, vedado o benefício do *sursis* e assegurado o direito de recorrer em liberdade, e, também, ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo –, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto da Relatora Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Acompanharam o voto da Relatora os Ministros Francisco Joseli Parente Camelo (Revisor), José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira, 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. O Ministro Francisco Joseli Parente Camelo (Revisor) fará declaração de voto quanto à preliminar. O Ministro Cláudio Portugal de Viveiros não participou do julgamento. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 5/8/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela Defesa constituída em favor de PAULO ALVES SANTOS, no tocante à Sentença da Ação Penal nº 7000012-78.2020.7.04.0004, de 23/2/2021, proferida pelo Juiz Federal Substituto da

Justiça Militar da Auditoria da 4ª Circunscrição Judiciária Militar, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o apelante à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, como incurso no art. 296, § 1º, III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, a ser cumprida no regime inicial aberto, vedado o benefício do *sursis* e assegurado o direito de recorrer em liberdade, e, bem como, para condenar o réu em 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo.

Narra a Denúncia (evento 1, doc. 1):

(...) o denunciado, embora não tivesse autorização do 36º Batalhão de Infantaria Motorizado (36º BI Mtz), resolveu fundar, em Uberlândia/MG, a ASSOCIAÇÃO DOS MILITARES DA RESERVA DO 36º BIMTZ - ÁGUIA DO TRIÂNGULO que, após diversas mudanças de nome, passou a se chamar CENTRO NACIONAL DE OFICIAIS E PRAÇAS DO EXÉRCITO (CNOPEX).

Buscando associar o CNOPEX à imagem da Força Terrestre, o denunciado, enquanto Presidente da referida associação, afixou em seu veículo Ford Fiesta, Placa HDO-9423, um adesivo, com a utilização indevida do Símbolo do Exército Brasileiro, que ocupava todo o vidro traseiro.

Não satisfeito, o denunciado autorizou, ainda, os integrantes do CENTRO NACIONAL DE OFICIAIS E PRAÇAS DO EXÉRCITO a utilizarem o mesmo adesivo em seus veículos e emitiu carteiras de identificação das quais também constava, indevidamente, o referido símbolo, como se vê pelas imagens do evento 1, arquivo 3, fls. 09 e arquivo 17, fls. 06 e 09.

No ponto, impende notar que a Portaria 095, de 24 de fevereiro de 2005, do Comandante do Exército, descreve, de forma detalhada, o Símbolo do Exército Brasileiro, que é utilizado para a identificar a Força Terrestre e foi indevidamente utilizado pelo apelante, para a promoção da sua associação civil.

Frise-se, ainda, que o art. 296, § 1º, III, do Código Penal comum, objetivando tutelar não só a fé pública como também a própria imagem da Administração Pública, confere especial proteção aos símbolos identificadores dos seus órgãos e entidades, cominando a pena de dois e seis anos de reclusão e multa, para quem os utiliza de forma indevida.

Ressalte-se que, embora a consumação do referido crime ocorra com a simples utilização indevida do símbolo, no caso em tela há fortes indícios de que integrantes do CNOPEX se valiam da autoridade conferida pela associação com a imagem do Exército, para a prática diversos delitos, tais como constituição de milícia privada, porte ilegal de arma de fogo e ameaça (evento 1, arquivo 4, fls. 03/05 e arquivo 7, fls. 08/10), fatos estes objeto de declinação de competência por parte deste juízo especializado.

Não resta dúvida, portanto, que o denunciado, ao fazer uso indevido do símbolo identificador do Exército Brasileiro, violou o

comando proibitivo inserto no art. 296, § 1º, III, do Código Penal comum c/c a Portaria 095, de 24 de fevereiro de 2005, do Comandante do Exército e o art. 9º, III, “a”, do Código Penal Militar. (...).

No aditamento à Exordial (evento 1, doc. 2), o *Parquet* consigna:

(...) que não há nos autos informações precisas do momento em que o símbolo identificador do Exército Brasileiro começou a ser indevidamente usado pelo denunciado.

Não obstante, pelas fotografias do evento 1, arquivo 17, fls. 09 e evento 94, arquivo 2, é possível afirmar que tal fato ocorreu no início de 2017, uma vez que a carteira de identificação da primeira fotografia foi emitida no dia 2 de janeiro de 2017 e a segunda fotografia, em que aparece o veículo com o símbolo do Exército, foi postada no dia 8 de março de 2017.

Na oportunidade, deixa claro, ainda, o *Parquet* das Armas que CENTRO NACIONAL DOS PRAÇAS DO EXÉRCITO (CNPEX) é apenas mais uma das designações da associação civil criada pelo denunciado que, como narrado na denúncia, passou por diversas mudanças de nome, até se chamar CENTRO NACIONAL DE OFICIAIS E PRAÇAS DO EXÉRCITO (CNOPEX).

Por todo o exposto, o Ministério Público Militar, promove o aditamento da denúncia para que onde se lê:

Consta dos autos que o denunciado, embora não tivesse autorização do 36º Batalhão de Infantaria Motorizado (36º BI Mtz), resolveu fundar, em Uberlândia/MG, a ASSOCIAÇÃO DOS MILITARES DA RESERVA DO 36º BIMTZ - ÁGUIA DO TRIÂNGULO que, após diversas mudanças de nome, passou a se chamar CENTRO NACIONAL DE OFICIAIS E PRAÇAS DO EXÉRCITO (CNOPEX).

Leia-se:

Consta dos autos que o denunciado, embora não tivesse autorização do 36º Batalhão de Infantaria Motorizado (36º BI Mtz), resolveu fundar, em Uberlândia/MG, a ASSOCIAÇÃO DOS MILITARES DA RESERVA DO 36º BIMTZ - ÁGUIA DO TRIÂNGULO, que passou a se chamar CENTRO NACIONAL DOS PRAÇAS DO EXÉRCITO (CNPEX) e, por fim, CENTRO NACIONAL DE OFICIAIS E PRAÇAS DO EXÉRCITO (CNOPEX).

E onde se lê:

Buscando associar o CNOPEX à imagem da Força Terrestre, o denunciado, enquanto Presidente da referida associação, afixou em seu veículo Ford Fiesta, Placa HDO-9423, um adesivo, com a utilização indevida do Símbolo do Exército Brasileiro, que ocupava todo o vidro traseiro.

Não satisfeito, o denunciado autorizou, ainda, os integrantes do CENTRO NACIONAL DE OFICIAIS E PRAÇAS DO EXÉRCITO a utilizarem o mesmo adesivo em seus veículos e emitiu carteiras de identificação das quais também constava, indevidamente, o referido símbolo, como se vê pelas imagens do evento 1, arquivo 3, fls. 09 e arquivo 17, fls. 06 e 09.

Leia-se:

No início do ano de 2017, buscando vincular sua associação civil à imagem da Força Terrestre, o denunciado, enquanto Presidente da referida associação, afixou em seu veículo Ford Fiesta, Placa HDO-9423, um adesivo do CNPEX, com a utilização indevida do Símbolo do Exército Brasileiro, que ocupava todo o vidro traseiro.

Não satisfeito, o denunciado autorizou, ainda, os integrantes da associação a utilizarem o mesmo adesivo em seus veículos e emitiu carteiras de identificação das quais também constava, indevidamente, o referido símbolo, como se vê pelas imagens do evento 1, arquivo 3, fls. 09 e arquivo 17, fls. 06 e 09.

Integram os autos, entre outros, os seguintes documentos do feito de origem:

1- Inquérito Policial Militar nº 7000054-98.2018.7.04.0004, instaurado pela Portaria nº 001/IPM - S1.6/S1/36º BI Mec, de 2 de março de 2018, do Comando do 36º Batalhão de Infantaria Motorizado;

2- Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 7000068-82.2018.7.04.0004;

3- Fotografias que incluem: integrantes do CNOPEX de farda preta intitulada: Reunião de Oficiais CNPEX 1º G.R.T. (evento 1, doc. 17, fl. 5, do IPM);

4- Foto do réu fardado e de dois carros plotados com o símbolo do Exército Brasileiro (evento 1, doc. 17, fl. 6, do IPM);

5- Foto de atividade em campo com armas, realizada pelo CNOPEX (evento 1, doc. 17, fl. 7, do IPM);

6- Foto de carteira de identificação com o símbolo da República e do Exército Brasileiro, emitida pelo acusado em que assina como “Comandante” da CNPEX (evento 1, doc. 17, fl. 9, do IPM);

7- Foto de identificação do campo de treinamento do CNPEX, denominado “campo toca da onça” (evento 1, doc. 17, fl. 10, do IPM); e

8- Laudo pericial em material apreendido (evento 41, docs. 3/17, do IPM).

A Denúncia foi recebida em 7/1/2020 (evento 1, doc. 1, do feito de origem).

Devidamente citado (evento 5 do feito de origem), o réu declarou a pretensão de contratar advogado.

Em 20/8/2020, em consonância com a ata e as mídias audiovisuais acostadas aos autos (eventos 127 e 128 da APM), foi realizada a audiência de instrução, por videoconferência, em que foram inquiridas as testemunhas da Acusação:

Cristian Samuel Costa de Souza esclareceu que sempre via o réu fardado no setor de chácaras de Uberlândia. Ele sempre usava uma farda do quartel do Exército e uma farda preta, além de fazer treinamento por lá. Junto dele existiam outras pessoas fardadas. O acusado avisava para as pessoas não passarem para o outro lado (área de treinamento), pois supostamente havia “bombas lá”, isto é, minas terrestres, pois eles faziam treinamento com “bomba”. Esclareceu, ainda, já ter visto ele armado, inclusive, em uma ocasião, viu deitarem um rapaz e apontarem a arma para a cabeça. Esse rapaz não fazia parte do treinamento, era uma pessoa do assentamento (sem-terra), onde eles moravam. O pessoal do Paulo tinha um Ford Fiesta com uma bandeira atrás, com sirene, e no vidro traseiro havia identificação do Exército. Assim, eles pensavam que o réu era do Exército Brasileiro. Asseverou, também, não poder dizer se a área era pública ou privada, mas o local usado para o treinamento era uma área aberta, que parte era mata e parte pasto, e era vizinha ao assentamento em que morava. Existiam dois veículos, mas não se recorda qual era o outro (evento 127, vídeo 1).

Ezequiel Ribeiro Fagundes afirmou que a área contígua ao assentamento tem uma reserva permanente muito grande, as pessoas precisavam colher água lá e então começou a confrontação com os “rapazes” do Paulo, pois essa era a única fonte de água próxima. Era um grupo de 7 (sete) a 8 (oito) pessoas, todos fardados. À época, o depoente era o coordenador do movimento sem-terra do assentamento. Relatou a situação de um rapaz deficiente físico, que colocaram no chão com arma apontada na cabeça, só porque o rapaz e o seu irmão tinham ido buscar água nessa fonte, que nem ficava na área do “réu”. Na verdade, era mais próxima da área do assentamento, mas eles agiam como se a área fosse deles. Como estavam sofrendo ameaças, o depoente falou que iria chamar a Polícia Militar e registrar a ocorrência, mas o grupo falou que não se reportavam à Polícia Militar. Eles advertiram o pessoal do assentamento de que não deviam ficar naquela determinada área, mas o movimento sabia que a área já estava há mais de 20 (vinte) anos desocupada. O grupo do Paulo sempre estava por lá fazendo treinamento, às vezes era durante o dia, à noite, ou até na madrugada. Eles utilizavam bomba, arma de fogo e faziam armadilhas, aparentando um

treinamento militar, pois eles andavam fardados. Chegou a presenciar a “equipe do Paulo” retirando cerca de 40 (quarenta) famílias de um outro movimento que não era coordenado pelo depoente da área. Inclusive, presenciaram uma viatura do Exército Brasileiro junto com viaturas da Polícia Militar, isso deixou o depoente muito intrigado. O grupo do Paulo possuía uns 4 (quatro) carros, tinham o brasão do Exército atrás e continham também a sigla CNOPEX, mas que naquele dia eles presenciaram uma viatura do Exército, essa era idêntica. Paulo se identificou para o depoente como “Comandante” da equipe, quando disse que eles não iriam ficar naquela área, no dia em que chegaram. O depoente mencionou chamar a Polícia Militar, mas Paulo falou que não se reportava à Polícia Militar. O depoente então solicitou às famílias para se sentarem de costas para o grupo do Paulo e explicou não estar ali para medir forças, mas que estavam buscando o direito à moradia. Se eles quisessem atirar, iam ter que atirar em um tanto de gente de costas e desprevenidos. A área era particular e privada e estava desativada há mais de 20 (vinte) anos. Pontuou fazer cerca de 60 (sessenta) dias que não tem mais percebido a movimentação e os treinamentos no local, porém ainda há umas torres feitas pelo grupo. Apenas retiraram as placas CNOPEX. Só quando foi intimado para prestar depoimento no Exército é que ficou sabendo que Paulo não fazia parte do Exército Brasileiro. Isso o deixou ainda mais preocupado (evento 127, vídeo 2).

Pela Defesa, foram inquiridas:

Fabiana de Oliveira Cruz pontuou que seus filhos frequentaram o curso da associação. Lá eles apreendiam a cantar o hino, valores familiares e respeito. No início, as atividades eram realizadas na Escola municipal Sérgio Pacheco Marques, mas depois foi para outros locais. Existiam atividades de campo, mas eram piqueniques, interação familiar e esportiva. Em nenhum momento o Paulo se apresentou como se fosse do Exército. As atividades eram ministradas por voluntários. Seus filhos eram crianças, entre 9 e 12 anos. Havia aulas de português, desenho, entre outras. O grupo não usava fardas. Paulo, especificamente, tinha um carro adesivado, mas não se recorda o que era, pois viu poucas vezes, e estava escrito CNOPEX, porém não lembra o que era o emblema. Não sabe dizer sobre treinamento militar para adultos com armas. Na autorização recebida da escola, como viu ter atividade de português, pois era uma dificuldade de seu filho, assinou a autorização mais por isso. A especificação era de atividades extracurriculares, e não de atividades militares. Acrescentou só ter ficado sabendo das atividades militares com armas quando leu a notificação para depor (evento 127, vídeo 3).

Marcelo Oliveira Silva declarou conhecer Paulo do projeto CNOPEX. Seus filhos participavam do projeto com a finalidade de disciplina, de

promover o bem. Eles gostavam muito de participar das aulas, sendo as atividades realizadas em frente à praça Nicolau Peres. Tinham atividades 7 de Setembro, o CNOPEX, inclusive, realizava visitas na sede do quartel do Exército e as crianças iam com eles. Nem Paulo, nem ninguém do grupo dele, se apresentou para o depoente como integrante do Exército. O depoente não soube dizer de atividade com tiro ou bomba. Declarou terem as crianças treinamento de postura, como ficar em fila, respeitar professores, respeito aos pais. Esse treinamento era de disciplina, de ordem. Nunca presenciou o réu fardado, geralmente eles usavam uma calça preta e camiseta preta, já o uniforme que eles solicitavam para as crianças era uma calça jeans e uma camiseta branca. Chegou a ver o carro com o adesivo CNOPEX. Esclareceu que, como não sabe qual é o das Forças Armadas, não saberia como distinguir, apenas se lembra do CNOPEX. Sabe que Paulo era da reserva do Exército, porém não sabe dizer sobre treinamento com adultos. Seus filhos tinham 11 anos e nos horários em que eles participavam, todos eram da mesma faixa etária, até onde tem conhecimento, entre 11 e 15 anos (evento 127, vídeo 4).

Alessandro José Neves de Paula afirmou conhecer Paulo da escolinha do CNOPEX. Ela ficava no Bairro Martins próximo à Praça, mas não sabe o endereço certo, tendo-a conhecido por intermédio de amigos que dela participavam. Atuou alguns dias como voluntário e nunca presenciou treinamento com tiro ou arma de fogo. A escolinha era para criança, lá não mexiam com esse tipo de coisa, e participou poucas vezes. No entanto, não sabe dizer ao certo o que significa CNOPEX. Lá eles usavam roupa normal, não havia fardamento e a área não era próxima a nenhum assentamento sem-terra (evento 127, vídeo 5).

Por fim, interrogou-se o réu:

PAULO ALVES SANTOS, em síntese, declarou ter respondido a um processo na vara da infância, pois tentaram fechar o curso que ministrava no CNOPEX. Alegou existir interesse do Sr. Ezequiel de que ele deixasse aquela área onde desenvolve um trabalho de escotismo para que os colonos possam invadir aquela terra. Nunca tratou eles mal, não há essa relação que o Sr. Ezequiel falou. Aduziu, ainda, não ter utilizado do símbolo do Exército em seu carro, pois o símbolo era da Associação. O símbolo que ele tinha era um pequeno vendido no comércio e nunca teve instrução no quartel de que não poderia usá-lo. Assim que ficou sabendo da proibição pelo tenente, imediatamente o arrancou. Ressaltou nunca ter utilizado o símbolo para se beneficiar de alguma coisa. No tocante ao fardamento, afirmou que eles tinham uma farda, mas não era a do Exército, inclusive, trouxeram essa farda no Comando em Brasília para que o Cel Machado pudesse avaliá-la, e o Coronel teria dito não haver problema nenhum, pois não era igual à do

Exército. Asseverou, também, além dessa farda, ter um uniforme preto. Em seu entender, o processo a que responde é fruto de uma perseguição pessoal do Cel Vinicius, pois nunca levaram nenhum tipo de problema para ele, todas as denúncias recebidas pelo coronel eram infundadas.

Indagado pelo Juiz Federal da Justiça Militar, a respeito da fotografia inserta no **evento 94, doc. 2, do IPM**, esclareceu serem indevidos os primeiros símbolos utilizados pela CNOPEX, mas como a associação era leiga no assunto de quais símbolos poderiam ser utilizados, posteriormente foram se adequando. Disse ainda que o uniforme camuflado é o utilizado para a prática de Air Soft e depois, para não ter problemas, resolveram ficar só com o uniforme preto. Indagado sobre fotografias insertas nos autos, em que se lê: “Reunião de Oficiais CNOPEX”, declarou reconhecer a foto. A reunião dos “oficiais” a que se referem é uma reunião de integrantes da associação, ou seja, a diretoria. Pelo que restou interpelado, pelo d. Juízo, se a diretoria então era denominada de Oficiais, disse que não, esse nome era dado apenas para a reunião, nunca denominaram graduação dentro da associação. Afirmou que as armas constantes das fotos insertas nos autos, em um suposto treinamento, seriam de Air Soft e Paintball, e eram utilizadas para “brincar” à noite. Questionado do porquê de utilizarem um uniforme preto com “boot” e “cap” e se isso não seria um uniforme paramilitar, alegou o intuito do uso de uniforme como o de oferecer respeito e organização. Questionado, também, sobre a foto na qual integrantes da associação utilizavam símbolos do Exército no fardamento, o depoente esclareceu que isso foi bem no começo da associação, contudo ele próprio, no mesmo dia, explicou aos integrantes que não deveriam utilizar aqueles símbolos nos uniformes, pois era proibido tendo em vista serem civis. Questionado sobre a “identidade” emitida pelo CNOPEX, aduziu ter criado a associação para ajudar os egressos do Exército que, após anos de serviço, tinham dificuldades de se recolocarem na sociedade. A “carteira de identificação” foi um jeito de organizar a entrada do pessoal que ficava na sede para pernoitar, pois a sede da associação ficava em frente a uma praça e dava muito andarilho, então criaram essa “carteirinha”. Certa vez teve um problema com um integrante, pois uma militar dos bombeiros, ao socorrer o integrante da associação que havia levado uma “facãozada”, viu a “carteirinha” e pensando ser ele integrante da força, ao invés de ligar para a Associação, acionou o Exército. Porém, como deu esse problema, no outro dia ele recolheu todas as “carteirinhas”. Foram no máximo uns 8 (oito) ou 10 (dez) que a receberam. Indagado do porquê de ter utilizado o Brasão da República, visto não ser um documento oficial? Alegou não saber da proibição, viu o brasão na internet, pegou e colocou. Esclareceu ter se inspirado na “carteirinha” do Conselho Nacional de Oficiais da Reserva, não pensou hora nenhuma que isso ia dar problema para eles. Indagado se no treinamento de campo eram utilizados armamentos reais e bombas, o declarante pontuou ter

utilizado morteiro em um dia. Lá era um local grande e à noite eles usavam aquela “granada iluminada” do filme platô, só para brincar mesmo, e depois disso eles iam para a “hora da mentira”, onde contavam sobre o tempo de caserna. Segundo alegou, o intuito era só o de confraternizar e essa reunião ocorria uma vez ou outra. Disse, inclusive, não ter nenhum conhecimento da colocação de arma na cabeça de integrante do assentamento. No dia em que eles invadiram, o grupo do depoente estava soltando “bombinhas”, por isso ele pediu para que as pessoas do movimento, que estavam com crianças, não passarem para a área deles, pois não queriam ver criança nenhuma machucando. Com relação à questão da água, ele apenas ligava para o Ezequiel e avisava para não deixar o pessoal do assentamento descer para a área da cachoeira nos dias em que o grupo do Air Soft ia para lá. Até então, o declarante tinha um bom relacionamento com o Ezequiel, mas agora não tem mais pois percebeu que ele era falso. A situação a que se refere o Sr. Ezequiel com relação à presença de viaturas da Polícia e do Exército é tudo mentira. No dia da invasão foi o proprietário do terreno quem acionou a Polícia. O declarante estava em casa e não tinha ninguém do Air Soft lá no campo. Dirigiu-se ao local posteriormente, para dar apoio ao proprietário do terreno. Somente quando estavam saindo as viaturas da Polícia, eles chegaram, observando de longe a retirada das pessoas do assentamento pelos policiais, mas não teve agressão hora nenhuma. Disse também nunca ter se identificado como militar para o pessoal do assentamento. Lá tem gado para todo lado, nunca teve essa história de colocar “mina”. Isso é dito para prejudicá-lo e para os “sem-terra” poderem tomar conta da área. Acresceu que na área utilizada pelo declarante não havia qualquer estande de tiros, o único que havia próximo era um utilizado por vigilantes. O campo era utilizado para atividades de confraternização e também para escotismo. Com “armas” de Air Soft e Paintball, faziam uma brincadeira de “resgatar o refém”. Era dada uma missão e eles apenas brincavam simulando um campo de selva. Indagado pelo Promotor de Justiça sobre o porquê de haver uma graduação na “identidade” emitida pela associação, em que consta um posto militar, o acusado esclareceu ser a graduação não de dentro da associação, mas referente à “graduação” em que a pessoa saiu do Exército (evento 127, vídeos 6/9).

No prazo do art. 427 do CPPM, as partes nada requereram (eventos 134 e 135 da APM).

Na fase do art. 428 do CPPM, em Alegações Escritas (evento 140 da APM), o Órgão ministerial posicionou-se pela condenação do réu, aduzindo que:

(...) as imagens do evento 1, arquivo 17, fls. 09 e evento 94, arquivo 2, do IPM 7000054-98.2018.7.04.0004, em apenso, nas quais aparecem uma carteira de identificação do CNPEX, emitida no dia 2 de janeiro de 2017, e a foto de um veículo com adesivo do CNPEX, que foi

postada no Facebook, no dia 8 de março de 2017, não deixam dúvidas quanto à utilização indevida do referido símbolo.

(...).

No caso em tela, entretanto, a prova dos autos é no sentido de que os integrantes do CNOPEX se valiam da autoridade conferida pela associação com a imagem do Exército, para a prática de diversos delitos, tais como constituição de milícia privada, porte ilegal de arma de fogo e ameaça. (...).

Em *Decisum* de 13/1/2021 (evento 179 da APM), o Juízo a *quo* decretou a revelia do acusado, nos termos do art. 292 do Código de Processo Penal Militar, ante o abandono da causa pela defesa constituída, e, bem assim, pela falta de indicação de novo patrono, determinando a remessa dos autos à Defensoria Pública da União.

Intimada na forma do art. 428 do CPPM, a DPU pleiteou a absolvição do assistido e a correta adequação típica. Para tanto, aduziu em Alegações (evento 199 da APM):

(...) o réu, realmente, não tinha intenção, ou seja, dolo, de utilizar dos símbolos indevidamente, principalmente para promover sua associação civil, valendo-se, da autoridade conferida pela imagem da Força Terrestre para a prática de diversos delitos, de modo que o objetivo da Associação sempre foi o exposto acima: ajudar soldados, cabos que saíam do Exército, de modo que as organizações internas da Associação, como as carteirinhas, uniformes, organizações táticas, verificadas em fotos, etc., eram apenas para transparecer que era algo organizado, sério, já que também o outro objetivo da Associação era ajudar, acolher crianças, como dito por diversas vezes no depoimento do acusado. (...).

(...).

Ultrapassada a questão do elemento subjetivo, caso o douto Juízo considere que houve a utilização de símbolos militares, por se tratar de delito militar previsto no CPM, há de se aplicar a disposição do Código Penal Militar, já que há previsão típica do delito, sendo o dispositivo penal comum subsidiário, da mesma forma que nos delitos de drogas se utiliza os dispositivos do CPM e não da lei de drogas, ainda que praticado por civil. (...).

A Sentença foi monocraticamente prolatada pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da Auditoria da 4ª CJM em 23/2/2021 (evento 203 da APM), que julgou procedente a Denúncia para condenar PAULO ALVES SANTOS, como incurso no art. 296, § 1º, III, c/c, art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, vedado o benefício do *sursis* e assegurado o direito de recorrer em liberdade, e, bem como, para condenar o réu em 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo.

A Defesa, devidamente intimada, interpôs, tempestivamente, o presente Apelo em 16/3/2021 (evento 214 da APM).

Na mesma data, foi certificado o trânsito em julgado para o MPM (evento 216 da APM).

Em suas Razões (evento 1, doc. 7), a Defesa sustentou, *in verbis*:

(...)

#### **Da ausência de dolo**

(...) O acusado demonstra, notoriamente, que não tinha conhecimento, intenção, de que estava praticando uma conduta de usar indevidamente o símbolo das Forças Terrestres e nem sequer, utilizava para a promoção de sua associação civil.

Dessa forma, já se identifica a ausência de dolo no uso do símbolo, já que quando orientado pela retirada e de que era indevido, procedeu a retirada imediata dos adesivos, sem quaisquer obstáculos.

Além disso, o apelante ainda é imputado de que os integrantes do CNOPEX se valiam da autoridade conferida pela associação com a imagem do Exército, para a prática de diversos delitos, tais como constituição de milícia privada, porte ilegal de arma de fogo e ameaça.

Todavia, acusação desses delitos são esclarecidas pelo Apelante, pois, quando indagado acerca das armas em uma fotografia, esclarece que são armas de AirSoft e Paintball, de forma que era realizado contratos com empresas desse setor, para uso desses equipamentos apenas nos eventos no campo. (evento 127, arquivo 7 e arquivo 9).

Já quanto a acusação de ameaça, milícia privada, torna-se notório, em todo o depoimento que o objetivo da Associação era voltado para ajudar os soldados/cabos que saíam do Exército e não encontravam seu lugar na sociedade, de modo que os trabalhos de campo eram as confraternizações entre esses, para relembrar o período de Exército. (evento 127, arquivo 7).

(...).

#### **Da adequação da tipificação do delito - Art. 172 do CPM**

Ultrapassada a questão do elemento subjetivo, caso se entenda que houve a utilização de símbolos militares, por se tratar de delito militar previsto no CPM, há de se aplicar a disposição do Código Penal Militar, já que há previsão típica do delito, sendo o dispositivo penal comum subsidiário, **da mesma forma que nos delitos de drogas se utiliza os dispositivos do CPM e não da lei de drogas**, ainda que praticado por civil.

Desta forma, a correta tipificação do delito é a do art. 172 do CPM (...).

### **Da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos**

Caso venham a ser ultrapassados os argumentos supra, requer o Apelante seja aplicado ao caso o disposto no artigo 44, I, do CP, tendo em vista que o Apelante foi condenado à pena de 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, sendo certo que o Apelante é réu primário, de bons antecedentes, e o suposto delito não foi praticado com violência ou grave ameaça (...).

(...).

Sabe-se que a jurisprudência castrense tem entendido que, no âmbito do Direito Penal Militar, não se aplica o art. 44 do CP, para substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por ausência de previsão legal.

Não obstante, assim como não há previsão legal de substituição de pena, também não há na legislação específica, expressa vedação legal a esta substituição, sendo destarte correta a aplicação do disposto no artigo **12 do Código Penal Comum**, *in verbis*: “**as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.**”

(...).

Ao término, a douda Defesa requereu:

- a) a absolvição do apelante, com fundamento no art. 439, alínea “b”, do CPPM, por inexistência de prova para a acusação;
- b) a observância do art. 21 do Código Penal;
- c) a adequação da tipificação para o art. 172 do CPM;
- d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e
- e) a gratuidade judiciária, isentando-o do pagamento das custas processuais e da pena pecuniária, uma vez que não possui recursos para arcar com esse pagamento sem prejuízo próprio e de sua família.

Contrapondo-se ao pleito defensivo, o *Parquet* afirmou em Contrarrazões (evento 1, doc. 8) que:

#### **2.1 Da materialidade e autoria**

(...) cumpre notar que a Portaria 095, de 24 de fevereiro de 2005, do Comandante do Exército, descreve, de forma detalhada, o Símbolo do Exército Brasileiro, que é utilizado para a identificar a Força Terrestre e foi indevidamente utilizado pelo apelante, para a promoção de sua associação civil.

Frise-se, ainda, que o art. 296, § 1º, III, do Código Penal comum, objetivando tutelar não só a fé pública como também a própria imagem da Administração Pública, confere especial proteção aos símbolos identificadores dos seus órgãos e entidades, cominando a pena de dois a seis anos de reclusão e multa, para quem os utiliza de forma indevida.

(...).

No caso em tela, entretanto, a prova dos autos é no sentido de que os integrantes do CNOPEX se valiam da autoridade conferida pela associação com a imagem do Exército para a prática diversos delitos, tais como constituição de milícia privada e porte ilegal de arma de fogo, em relação aos quais, porém, foi declinada a competência em prol da Justiça Comum (evento 102, arquivo 1).

### **2.2 Da não incidência em erro**

(...) Essa alegação, no entanto, não merece prosperar, uma vez que integrou as fileiras do Exército Brasileiro, tendo, pois, plena condição de saber que a utilização não autorizada do seu símbolo identificador era ilícita, sendo certo que a sua suposta utilização indevida por outras associações não exime o ora apelante de responsabilidade penal.

### **2.3 Do dolo**

(...).

É que, apesar de o referido crime ser de mera conduta, consumando-se com a simples utilização indevida do símbolo, no caso concreto o apelante fez uso da marca do Exército Brasileiro com claro intuito de conferir legitimidade à associação civil da qual se intitulava “Comandante”, valendo-se da boa imagem que as Forças Armadas possuem perante a sociedade.

### **2.4 Da adequação típica**

(...).

Ocorre que, como bem asseverou o eminente Juiz sentenciante, uniforme é o traje usado pelos militares, insígnia é peça que integra o uniforme, afixada nos ombros, na gola e nos braços, indicando o posto ou a graduação do militar e distintivo é a peça, igualmente afixada ao uniforme militar, na região do tórax, indicando cursos e estágios em que seu detentor participou.

Assim, a marca do Exército Brasileiro não se enquadra em nenhum dos elementos normativos do crime supramencionado, razão por que não merece guarida o pedido de desclassificação do crime do art. 296, § 1º, III, do CP comum para o do art. 172 do CPM, formulado pelo apelante.

### **2.5 Das penas**

Por fim, em que pese ter o apelante pugnado, com fundamento no art. 44, I, do Código Penal comum, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, fato é que tal modalidade de pena não

possui previsão no Direito Penal Militar, não sendo por ele admitida em razão de sua especialidade.

(...).

De fato, conquanto a Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, tenha alterado o art. 9º do CPM, não modificou seu caráter especial, não sendo possível mesclar disposições do Direito Penal comum com o castrense, selecionando o que há de mais favorável em cada um, sob pena de criação de uma verdadeira *lex tertia*.

Por fim, concluiu inexistir qualquer reparo a ser feito na Sentença condenatória.

Em Parecer da lavra do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se no sentido de que "(...) as teses ora hostilizadas não merecem prosperar nessa Corte Castrense, eis que não resistem a mais perfunctória análise, tampouco encontram guarida na jurisprudência dessa Egrégia Corte Militar e na da Excelsa Corte Suprema." (evento 6).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

## VOTO

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

### **PRELIMINAR DE NULIDADE EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DO ART. 433 DO CPPM**

Votei vencida quanto à preliminar de nulidade da Ação Penal Militar nº 7000012-78.2020.7.04.0004, a partir da fase do art. 433 do CPPM, por inobservância do devido processo legal pela instância de origem.

Extrai-se dos autos que o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da Auditoria da 4ª CJM proferiu Decreto condenatório sem que fosse realizada a Sessão de Julgamento e oportunizada, conseqüentemente, a apresentação de sustentação oral pelas partes.

Pois bem. Observa-se que o Juízo de piso, ao suprimir etapa essencial ao julgamento da demanda, qual seja, a realização de sustentação oral na forma do art. 433 do CPPM, maculou de ilegalidade o feito. Imperioso reforçar que a legislação adjetiva castrense não alberga, em nenhum de seus dispositivos, a possibilidade de flexibilização da *lex* ora renegada.

Sem embargo, o Diploma castrense prevê duas possibilidades de manifestações pelas partes, a saber: as alegações escritas e as orais. Não se trata

de uma coisa ou de outra, mas de oportunizar, não somente à defesa, como também à acusação, a apresentação de duas alegações, sendo a última complementar da primeira.

É nessas ocasiões que o *Parquet* ratificará a exordial acusatória e pleiteará a condenação ou, ao revés, pugnará pela absolvição com base nas provas produzidas em Juízo. Igualmente, a Defesa utilizar-se-á dessas oportunidades para a adoção da melhor estratégia jurídica, indo ao encontro dos interesses do agente.

Por óbvio, a competência do Juiz singular não conduz à supressão de fase imprescindível à concretude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sob pena de cerceamento de tais direitos fundamentais e de violação também ao princípio da especialidade. Conquanto se deva buscar uma maior economia processual, com a produção da menor quantidade de atos processuais possíveis, isso não pode refletir em indevidos atropelos processuais.

Na lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues<sup>171</sup>:

(...) a celeridade a desbravar os matizes arcaicos da persecução penal deve exigir do legislador ordinário um enfrentamento racional e equilibrado da estrutura procedimental, eliminando-se expedientes de cunho meramente procrastinatório, mas jamais se distanciando das garantias fundamentais do processo ético e provido de ferramentas que tragam segurança ao imputado. A celeridade não pode se afastar da qualidade na prestação jurisdicional, afinal, a reflexão é salutar e necessária à justa composição dos conflitos.

Nesse contexto, com o escopo de evitar-se práticas atentatórias ao democratismo, nomeadamente, na seara processual penal, a Constituição Federal assegura o princípio da razoável duração do processo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. O dispositivo objetiva proteger, em especial, o jurisdicionado de dilações processuais indevidas. Até por isso, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>172</sup> leciona:

(...) que a celeridade nem sempre é possível, **como também nem sempre é saudável para a qualidade da prestação jurisdicional**. Não se deve confundir duração razoável do processo com celeridade do procedimento. O legislador **não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente a obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas**. (...) Essa preocupação

<sup>171</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10. ed. JusPODIVM: Salvador. 2015. p. 67.

<sup>172</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. Edição. Salvador. Ed. JusPODIVM. 2016. p. 142/143.

com a demora excessiva do processo é excelente, desde que se note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional (...). (Grifo nosso).

Com efeito, o conceito atual de Estado Democrático de Direito estabelece institutos jurídicos aptos a assegurar o *due process of law*. Salutar que o poder estatal, nomeadamente no exercício do múnus judicial, observe e faça observar as garantias conferidas aos cidadãos, já que atentar contra elas vicia os atos e as decisões prolatadas, devendo ser banidas condutas intervencionistas tendentes a paralisar ou a restringir o alcance de suas disposições.

No caso *sub examine*, a supressão da fase do art. 433 do CPPM, embora não pleiteada a realização de sustentação oral pela Defesa, causou flagrante prejuízo ao apelante, eis que não houve alteração legislativa restringindo tal fase, assegurada no rito procedimental constante do CPPM.

Conforme mencionado alhures, o processo justo só se verifica quando todas as nuances normativas são respeitadas, restando inconteste que o postulado do devido processo legal demanda necessariamente um processo tipificado em lei, sem a supressão ou o desvirtuamento de atos processuais imprescindíveis, como é o das alegações orais no processo penal militar.

Desse modo, acolhia a preliminar de nulidade da Ação Penal Militar nº 7000012-78.2020.7.04.0004, a partir da fase do art. 433 do CPPM, para que seja observado o devido processo legal pela instância de origem, com a consequente apresentação de sustentação oral pelas partes.

### MÉRITO

Insurge-se a Defesa de PAULO ALVES SANTOS contra a Sentença da Ação Penal nº 7000012-78.2020.7.04.0004, de 23/2/2021, proferida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da Auditoria da 4ª Circunscrição Judiciária Militar, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o apelante à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, como incurso no art. 296, § 1º, III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, a ser cumprida no regime inicial aberto, vedado o benefício do *sursis* e assegurado o direito de recorrer em liberdade, e, bem como, para condenar o réu em 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo.

Da atenta análise dos argumentos defensivos, o Apelo não encontra guarida.

*Ab initio*, evidencio que as atividades cívico-culturais com o público infanto-juvenil, narradas por testemunhas de defesa e, supostamente,

desenvolvidas pela associação, constituem circunstância outra, a par dos fatos aqui apurados, e que não interferem no deslinde da *quaestio*. O objeto da causa refere-se à utilização de símbolos, logotipos, siglas, imagens e expressões inerentes ao Exército Brasileiro (EB).

Os autos trazem a estarrecedora história da Associação dos Militares da Reserva do 36º BIMTz – Águia do Triângulo, fundada pelo réu, e que, mais tarde, veio a ser denominada de Centro Nacional de Praças do Exército – CNPEX e, depois, de Centro Nacional de Oficiais e Praças do Exército – CNOPEX. A citada “associação” escudava-se na imagem da honrosa Instituição Militar Brasileira e, por obséquio, denominava a sua sede de “base-administrativa”, além de possuir subdivisão em seções, graduação, veículos plotados com símbolos oficiais e identificação funcional. De mais a mais, utilizava fardas, uniformes e possuía treinamentos militares recorrentes.

Por mais que soe absurdo, não é inverídico dizer que o acusado, por algum tempo, logrou êxito em constituir a sua própria “unidade militar”, da qual se intitulava “Comandante” e, também, em atrelar a imagem de sua “associação” à Força Terrestre.

Desse modo, é essencial consignar que a conduta delitiva, apurada nos presentes autos, extrapola, e muito, àquela tipificada no art. 172<sup>173</sup> do CPM (Uso indevido de uniforme, distintivo ou insígnia militar por qualquer pessoa), razão pela qual deve ser duramente rechaçada a tese que busca relacionar o grave crime em comento ao citado dispositivo legal de natureza mais branda.

Como facilmente se nota, a questão não se restringe à mera utilização de uniformes ou de insígnias militares como a Defesa quer fazer crer, tendo em vista que os fatos perpassam, não só, pela utilização de fardas e de uniformes, mas sim pelo uso de símbolo privativo do Exército e de siglas assemelhadas às das Organizações Militares. A “associação” empregava termos como: CNOPEX, Comandante, Base-Administrativa, Seções e Graduações. É indiscutível a presença de hierarquização dentro do grupo, pois, se assim não fosse, por qual razão o acusado denominar-se-ia “Comandante”. Tais particularidades, aliadas aos treinamentos militares recorrentes, aproximam-se com exatidão das características almejadas por forças paramilitares. Ainda que o réu alegue não ser essa a intenção de sua “associação”, é visível que ele cruzou uma linha muito tênue.

Os elementos acostados no presente feito transparecem a gravidade das condutas apuradas e revelam o desmembramento do Inquérito Policial Militar

---

<sup>173</sup> Art. 172. Usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito:  
Pena - detenção, até seis meses.

por efeito da competência jurisdicional. Vide Decisão, de 16/10/2019, da Juíza Federal da Justiça Militar:

Analisando-se os elementos até agora obtidos neste IPM, vemos que existem indícios da configuração de crimes comuns praticados na cidade de Itajubá-MG, de maneira que cabe a remessa do feito ao Juízo Estadual competente para conhecer e julgar a questão.

Ante o exposto, **DECLARO A INCOMPETÊNCIA DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO**, quanto à prática dos crimes de constituição de milícia privada, previsto nos arts. 288-A, do CP comum e de porte ilegal de arma de fogo, previsto na Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, devendo os autos serem encaminhados a uma das Varas Criminais da Justiça Comum da Comarca de Itajubá/MG. (Grifos no original).

As provas coligidas asseveram ter ocorrido, por parte do grupo chefiado pelo réu, com esteio na imagem do EB, forte intimidação contra colonos do Movimento Sem-Terra. Há relatos, inclusive, de aposição de arma contra a cabeça de pessoa deficiente.

De resto, chama atenção a evidente insubmissão do grupo chefiado pelo sujeito ativo às autoridades legalmente constituídas. O réu, em seu depoimento, a todo momento, reluta em reconhecer a autoridade do Comandante do 36º BIMtz, a quem imputa, sem qualquer prova, o título de “perseguidor”. Não fosse o suficiente, o depoimento testemunhal declina que o grupo do acusado foi instado pelos colonos do assentamento ao chamamento da Polícia Militar de Minas Gerais para dirimir a controvérsia sobre a utilização da área, ao que, conforme apurado, teriam arguido “não se reportar à Polícia Militar”.

Assim, dada a declinação de competência em prol da Justiça Comum quanto aos demais delitos, no que refere à utilização de símbolos e de emblemas do Exército Brasileiro, reputo escorreita a tipificação delitiva observada na instância de origem, a saber:

Art. 296 - Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

(...).

§ 1º - Incorre nas mesmas penas:

(...).

III - quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

Mormente quando o objetivo era o de confundir-se com a Força Terrestre, é crível pensar que a utilização da sigla (CNOPEX), em conjunto com

o símbolo oficial do Exército Brasileiro, teve por objetivo dotar a “associação” de “suposta” legitimidade oficial, a qual é prerrogativa exclusiva das unidades militares que integram as Forças Armadas.

Já no que respeita à autoria e à materialidade, entendo ser irretocável a Sentença, ao fundamentar, *in litteris*:

Com relação à materialidade delitiva, a Portaria nº 95, de 24 de fevereiro de 2005, do Comandante do Exército Brasileiro regulamentou a marca do Exército Brasileiro. Na página 5 do Manual de Uso da Marca do Exército Brasileiro (<http://www.eb.mil.br/documents/10138/71334/Manual+de+Uso+da+Marca+EB/33dd029d-1af4-4bc8-b9ae-716938e3ef73?version=1.2>) (...).

(...).

Foram juntadas aos autos fotografias de adesivos colados nos para-brisas traseiros de 02 (dois) veículos, fl. 06, anexo 17, evento 1, autos do IPM:

(...).

E 01 (uma) cédula de carteira de identidade expedida pelo CNPEX, fl. 09, anexo 17, evento 1, autos do IPM:

(...).

Nos adesivos colados nos veículos está a marca do Exército Brasileiro em sua configuração “cores”; no verso da cédula de identidade observa-se a marca do Exército Brasileiro em sua configuração “vazado”. Logo, foi comprovada a materialidade delitiva nessas 03 (três) utilizações da marca do EB.

Como se vê, o desenrolar da temática traz juízo de certeza quanto à identificação do autor da conduta. A prova documental e as declarações testemunhais dão nota da prática do crime em comento. No mais, conforme averiguado, é inarredável o *animus* de colacionar a imagem da “associação” à imagem do Exército Brasileiro. Tanto é assim, que o agente violou o tipo de falsificação de selo ou sinal público por, pelo menos, 3 (três) vezes, expondo a continuidade delitiva da ação.

À vista disso, evidencia-se que a conduta narrada é típica, antijurídica e se amolda com absoluta perfeição às elementares constantes do art. 296, § 1º, III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal. Ao réu, não socorre nenhuma das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, eis que se trata de agente imputável, do qual se esperava a adoção de conduta diversa da consumada.

Passo à análise das demais teses defensivas.

Em meu entender, não prevalece a tese de erro sobre a ilicitude do fato, visto que o acusado é ex-militar e tem por obrigação conhecer os

normativos que regem a vida castrense. Ora, há mais de uma década, a Portaria nº 95, de 24 de fevereiro de 2005, do Comandante do Exército Brasileiro, que regulamenta a marca do Exército Brasileiro, está em vigência. E, ainda que assim não fosse, qualquer pessoa, com senso mínimo de discernimento, detém o conhecimento geral da proibição de utilização de símbolos e de siglas oficiais de Órgãos ou Entidades Públicas, sem que tenha sido legitimamente incumbido de seu uso.

De igual modo, o pleito de aplicação do art. 44, I, do CP vai de encontro à pacífica jurisprudência desta e. Corte Castrense, que tem, sistematicamente, rechaçado a aplicação do dispositivo, conforme os seguintes Julgados, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. (...). **SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.** (...). DECISÃO UNÂNIME. (...). **No âmbito do Direito Penal Militar, não se aplica o art. 44 do CP, para substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos por ausência de previsão legal. Precedentes da Corte.** (...). Decisão unânime. (Apelação nº 7000861-73.2020.7.00.0000. Relator: Ministro FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Julgamento: 22/4/2021, DJE: 14/5/2021);

EMENTA: APELAÇÃO. (...). **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.** INAPLICABILIDADE. DECISÃO UNÂNIME. (...). IV - **No tocante à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, esta Corte Castrense tem entendido pela inaplicabilidade do instituto previsto no art. 44 do Código Penal no âmbito desta Justiça Especializada.** Apelo defensivo desprovido. Decisão unânime. (Apelação nº 7000369-81.2020.7.00.0000. Relator: Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA. Julgamento: 15/12/2020. DJE: 29/1/2021).

É cediço que, *in casu*, o réu está sendo apenado com crime tipificado no Código Penal Comum, o que, *prima facie*, não obstaculiza a posterior conversão da pena em restritiva de direitos junto à Justiça Comum, a qual admite a aplicação dessa espécie de pena. Caso assim entenda, o Juízo da Execução pode, com fulcro no art. 66, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 7.210/84, realizar a conversão:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

(...).

III - decidir sobre:

(...).

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Assim, penso que a conversão prematura da pena em restritiva de direitos, caso admitida na esfera castrense, por se tratar de réu civil e de aplicação do Código Penal Comum, para além de contrariar a segurança jurídica dos remansosos Arestos que rechaçam a aplicação do instituto (art. 44, I, do CP) nesta Justiça Especializada, suprime a faculdade assegurada ao Juízo Executório pela Lei de Execução Penal. Portanto, o pleito deve ser indeferido.

Por último, não vislumbro qualquer empecilho à pena pecuniária imposta, que foi fixada em 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo. O preceito secundário do art. 296 do CP traz expressa previsão legal dessa espécie de sanção, e os valores fixados estão dentro dos parâmetros de proporcionalidade e de razoabilidade. Em consequência, resta desnecessária a revisão.

Posto isso, conheço e nego provimento ao Apelo, para manter incólume a Decisão recorrida – que condenou PAULO ALVES SANTOS à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, como incurso no art. 296, § 1º, III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, a ser cumprida no regime inicial aberto, vedado o benefício do *sursis* e assegurado o direito de recorrer em liberdade, e, também, ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo –, 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 maioria**, em rejeitar a preliminar suscitada, de ofício, pela Relatora, de nulidade da Ação Penal Militar nº 7000012-78.2020.7.04.0004, a partir da fase do art. 433 do CPPM, para que fosse observado o devido processo legal pela instância de origem, com a consequente apresentação de sustentação oral pelas partes. No mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo, para manter incólume a Decisão recorrida – que condenou Paulo Alves Santos à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, como incurso no art. 296, § 1º, III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, a ser cumprida no regime inicial aberto, vedado o benefício do *sursis* e assegurado o direito de recorrer em liberdade, e, também, ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo –, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 5 de agosto de 2021 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Relatora.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO  
Apelação Nº 7000276-84.2021.7.00.0000

Em sessão de julgamento virtual realizada no período de 2 a 5 de agosto de 2021, o Tribunal, apreciando a presente Apelação, **por maioria**, rejeitou a preliminar suscitada, de ofício, pela Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (Relatora), de nulidade da Ação Penal Militar nº 7000012-78.2020.7.04.0004, a partir da fase do art. 433 do CPPM, para que fosse observado o devido processo legal pela instância de origem, com a consequente apresentação de sustentação oral pelas partes. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo, para manter incólume a Decisão recorrida que condenou PAULO ALVES SANTOS à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, como incurso no art. 296, § 1º, inciso III, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, a ser cumprida no regime inicial aberto, vedado o benefício do *sursis* e assegurado o direito de recorrer em liberdade, e, também, ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, sendo o dia-multa previsto em um trigésimo do salário mínimo, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por ocasião do julgamento, divergi da ilustre Ministra-Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA quanto à preliminar, pelas razões e fundamentos sobre as quais passo a discorrer.

A eminente Ministra suscitou, de ofício, preliminar de nulidade da Ação Penal Militar nº 7000012-78.2020.7.04.0004, a partir da fase do art. 433 do CPPM, para que fosse observado o devido processo legal pela instância de origem, com a consequente apresentação de sustentação oral pelas partes.

Ao meu sentir, tal entendimento **não merece prevalecer**. Explico.

Conforme a dicção do art. 433 do CPPM:

Art. 433. Terminada a leitura, o presidente do Conselho de Justiça dará a palavra, para sustentação das alegações escritas ou de outras alegações, em primeiro lugar ao procurador, em seguida ao assistente ou seu procurador, se houver, e, finalmente, ao defensor ou defensores, pela ordem de autuação dos acusados que representam, salvo acordo manifestado entre eles.

Assim, verifica-se que a sustentação oral será **facultada** às partes após a apresentação das alegações escritas, constituindo-se em ato discricionário e não essencial à defesa.

Nesse sentido, é oportuno trazer precedente do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APELAÇÃO NA AÇÃO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça observou, por analogia, os precedentes da Primeira Turma desta Suprema Corte quanto à não admissão do habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional, não conhecendo do writ porque substitutivo do recurso especial.

**2. A sustentação oral, compreendida no direito à ampla defesa protegido constitucionalmente (art. 5º, LV, da Constituição Federal), configura sem dúvida importante instrumento para seu exercício, ainda que não reconhecida pela jurisprudência do STF como ato essencial à defesa.**

3. A intimação para a sessão de julgamento da apelação em nome de advogado regularmente constituído, com poderes para tanto, diante de requerimento para que todos os patronos dela constassem, notadamente o causídico não incluído, não conduz à decretação de nulidade do feito, **ausente pedido de sustentação oral e não arguido vício** seja nos embargos de declaração, seja nos recursos especial e extraordinário manejados na ação penal. Precedentes.

4. Inviável a utilização do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedente.

5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(STF - RHC 130.270. Órgão julgador: Primeira Turma. Relatora Min. ROSA WEBER. Publicação: 12/8/2016). (Nossos grifos).

Ainda nesse sentido:

Ementa: VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E À ISONOMIA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

[...] 6. Sustentação oral é faculdade da parte, não ato essencial à defesa. Precedentes. [...]

8. Recurso ao qual se nega provimento.

(STF - RHC 118.660. Órgão julgador: Segunda Turma. Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA. Publicação: 27/2/2014).

No caso em testilha, verifica-se que, ao apresentarem suas alegações escritas, tanto o representante do *Parquet* das Armas quanto a Defesa (eventos 140 e 199 da APM) não manifestaram o interesse pela sustentação oral, na fase do art. 433 do CPPM, tampouco se insurgiram contra a Decisão exarada pelo Juízo *a quo* (evento 201 da APM), na qual as partes foram cientificadas de que o feito estava apto para o julgamento e que seria conclusivo para a prolação da sentença.

Por derradeiro, constata-se que, após a prolação da Sentença condenatória e no momento da Apelação, as partes não se insurgiram quanto à não realização da sessão de julgamento com sustentação oral. Trata-se, portanto, de matéria preclusa.

Ante o exposto, **rejeito** a preliminar suscitada, de ofício, pela Ministra-Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, de nulidade da Ação Penal Militar nº 7000012-78.2020.7.04.0004, a partir da fase do art. 433 do CPPM, para que fosse observado o devido processo legal pela instância de origem, com a consequente apresentação de sustentação oral pelas partes.

Superior Tribunal Militar, 5 de agosto de 2021.

Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo  
Ministro-Revisor

---

---

**APELAÇÃO Nº 7000293-23.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelantes: Viviane Macedo da Silva Curvêlo e Ministério Público Militar.

Apelados: Viviane Macedo da Silva Curvêlo, Maria Nazaré Gonçalves e Ministério Público Militar.

Advogados: Dr. Felipe Souza do Amaral (OAB: RJ183227), Dr. Jurandir Nunes Brandão (OAB: DF37593) e Dr. David Tolomeotti (OAB: RJ205503).

---

**EMENTA**

APELAÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DEFESA. VIOLAÇÃO DO DEVER FUNCIONAL. ART. 320 DO CPM. PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. PRELIMINARES ARGUIDAS PELA DEFESA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. CONSIGNAÇÃO EM SENTENÇA. PERDA DO OBJETO. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS. FALTA DE COMPROVAÇÃO. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. JUNTADA DE DOCUMENTOS NA FASE RECURSAL. INDEFERIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. MÉRITO. CRIME CONTINUADO. ÚNICO CERTAME. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO DE CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. DECISÃO A QUO. MANUTENÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. RECURSO DEFENSIVO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

Não deve ser conhecida preliminar na qual a Defesa pleiteia direito consignado na Sentença. Decisão unânime.

O juiz não tem o dever de exaurir toda a matéria questionada, podendo, inclusive, fundamentá-la de forma sucinta, bastando a explicitação pelo órgão jurisdicional das razões do seu convencimento. Precedentes do STF. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

A suposta condenação embasada somente em provas constantes do IPM, sem contraditório, não se sustenta. As provas periciais produzidas na fase inquisitorial não necessitam ser repetidas no curso da ação penal, cabendo à Defesa exercer o contraditório diferido, ou seja, realizado no curso do processo.

Tendo em vista que o acesso integral aos autos do IPM e das provas emprestadas foi disponibilizado assim que a irregularidade foi identificada e dentro da fase da instrução processual, houve tempo hábil para a Defesa arrolar testemunhas e manifestar seu interesse na produção de novas provas ou contestar as existentes.

Não há que se falar em violação ao contraditório ou à ampla defesa quando os pedidos de quebra de sigilo bancário, provas emprestadas apensadas aos autos, ocorrem no curso das investigações para apurar indícios de crime, pois, conforme estabelecido no Enunciado nº 14 da Súmula Vinculante do STF, o Defensor tem amplo acesso aos elementos de provas, desde que já documentado, o que ainda não havia ocorrido.

Arguições de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal que não se sustentam. Preliminar rejeitada por unanimidade.

A alegação de vício processual quanto à incomunicabilidade das testemunhas deve ser rejeitada por se tratar de tese genérica em relação às audiências realizadas por videoconferência, sem qualquer indicação de indícios de que preceitos processuais ou dispositivos constitucionais tenham sido transgredidos. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

Os documentos juntados na fase recursal são alcançados pela preclusão consumativa, quando demonstrado que poderiam ter sido apresentados pela Parte no momento oportuno. Sua análise também evidencia supressão de instância. Questão de ordem indeferida. Decisão unânime.

Incide no crime de violação ao dever funcional militar que, na função de pregoeira, atua em desconformidade com legislações específicas, edital e orientações do Tribunal de Contas da União para burlar processo licitatório em favor de empresa com a qual mantinha vínculo.

Em que pese a licitação de diversos itens, não incide a continuidade delitiva por se tratar de um único certame.

Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Desprovemento do apelo defensivo. Decisão unânime.

Corré civil, mesmo em coautoria ou participação, não responde pelo delito previsto no art. 320 do CPM se não está no desempenho de função pública. Absolvição mantida. Desprovemento do apelo ministerial. Decisão por maioria.

---

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Giovanni Rattacaso, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, não conheceu

da preliminar defensiva pleiteada por manifesta perda de objeto, tendo em vista o direito de recorrer em liberdade já estar consolidado na Sentença recorrida; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade da Sentença diante da ausência de fundamentação, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por falta de fundamentação legal; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade por violação ao princípio da incomunicabilidade das testemunhas, por falta de amparo legal. Na sequência, em sede de questão de ordem levantada pelo Ministro Relator, o Tribunal, **por unanimidade**, indeferiu a juntada de documentos pleiteada pela Defesa nos autos da presente Apelação, determinando a sua retirada dos autos. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, conheceu e negou provimento ao Apelo de Viviane Macedo da Silva Curvêlo e, **por maioria**, negou provimento ao Apelo do Ministério Público Militar para manter, na integralidade, a Sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Péricles Aurélio Lima de Queiroz davam provimento ao Apelo ministerial e condenavam a Acusada Maria Nazaré Gonçalves à pena de 2 (dois) anos, como incurso no art. 320, c/c o art. 53 do CPM, com o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, ex vi do art. 84 do CPM, cumpridas as condições do art. 626 do CPPM, com exceção da alínea “a”, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Barroso Filho (Revisor), José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Cláudio Portugal de Viveiros. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 9/12/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação, interpostos pela Defesa constituída de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** e pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR**, contra a Sentença proferida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, como incurso no art. 320 do CPM, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade; e absolver **MARIA DE NAZARÉ GONÇALVES**, incurso no mesmo dispositivo, com fundamento no art. 439, alínea “c”, do CPPM.

O Ministério Público Militar ofereceu denúncia em desfavor da Major Intendente da Aeronáutica **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** e da civil **MARIA DE NAZARÉ GONÇALVES**, imputando-lhes o crime de violação de

dever funcional com o fim de lucro, art. 320 do Código Penal Militar, pelos seguintes fatos:

No período compreendido entre o dia 30 de agosto de 2012 a 16 de outubro de 2012, nas dependências da Prefeitura de Aeronáutica de Brasília, a primeira denunciada (**VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**), agindo com vontade livre e consciente, atuando na função de pregoeira e de Chefe da Seção de Licitações, ao conduzir o **Pregão Eletrônico nº 02/2012 (SRP)**, violou seu dever funcional, para obter especulativamente vantagem pessoal para outrem, direcionando o referido processo licitatório, em **53 (cinquenta e três) oportunidades**, em benefício da empresa **CENTRO OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA.**, que era representada no pregão eletrônico pela segunda denunciada (**MARIA NAZARÉ GONÇALVES**), a qual, dolosamente, concorreu para a prática do delito, sendo efetivamente beneficiada com a contratação em valores superiores aos lances oferecidos por outras empresas, que tiveram suas propostas recusadas indevidamente pela primeira denunciada.

Consta dos autos que os fatos vieram à tona porque no curso da Ação Penal Militar nº 64-81.2014.7.11.0111, em trâmite perante a 1ª Auditoria da 11ª CJM, ocorreu a quebra do sigilo bancário da primeira denunciada e de outros investigados naqueles autos, sendo então constatada uma movimentação bancária atípica nas contas dela, bem como gastos com cartão de crédito superiores aos seus rendimentos, revelando um aumento patrimonial a descoberto nos anos de **2010, 2011 e 2012**, inclusive com o efetivo ingresso nas contas, no período de quebra, do valor de **R\$ 1.144.626,48** (um milhão, cento e quarenta e quatro mil, seiscentos e vinte e seis reais e quarenta e oito centavos), sendo que os seus proventos representaram apenas 40% (quarenta por cento) dos créditos totais.

Cópia da referida quebra de sigilo, demonstrando tais situações, foi juntada aos presentes autos, em face do compartilhamento de provas requerido pelo Encarregado (fls. 1968-2092). Em face da situação constatada, o Ministério Público Militar ampliou as investigações em relação à primeira denunciada e requisitou a instauração de novos inquéritos policiais militares para analisar a sua atuação nos processos licitatórios naquele período. Desse modo, o presente IPM destinou-se a averiguar possíveis irregularidades em **08 (oito) pregões eletrônicos, quais sejam: 01/2012, 02/2012, 04/2012, 21/2012, 23/2012, 25/2012, 27/2013 e 28/2013.**

A análise do **Pregão Eletrônico nº 02/2012**, a partir do Relatório de Perícia inicial e posteriores aditamentos, demonstrou que a pregoeira (primeira denunciada) não informava a suspensão das sessões e nem a data da reabertura das próximas sessões, como ocorreu na sessão dos dias 30/08/2012, 05/09/2012 e 11/09/2012. E no dia 11/09/2012, às 13h06min25s, ela pediu aos licitantes que entregassem as suas amostras em um prazo de 48 horas e não avisou quando abriria a próxima sessão,

sendo que no dia 12/09/12, às 15h13min, encerrou a sessão, não havendo mais possibilidade de intenção de recurso, por parte dos licitantes (fls.124-129).

Também restou demonstrando (sic), nos laudos periciais, que as desclassificações ocorriam, na grande maioria, tendo como justificativa o suposto descumprimento dos subitens **9.13** e **6.4.1** Edital, que estabeleciam:

9.13 – Após o encerramento da sessão da etapa de lances, a licitante declarada vencedora, por item, encaminhará, impreterivelmente em até 3 horas, via fax (61-3364-7319), a Proposta de Preços conforme subitem 6.4 deste Edital. A Proposta de preços em original deverá ser entregue no protocolo da SLIC da PABR **no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas**.

6.4.1 – Citação do prazo de entrega de, no máximo, 30 (vinte) dias corridos, a partir do recebimento da Nota de Empenho. Caso não esteja expresso, será considerada a aceitação tácita pela empresa do prazo estipulado, o qual se obrigará a cumprir;

Ressalte-se que o subitem **6.4.1** do Edital, utilizado pela pregoeira (primeira denunciada) como fundamento para algumas desclassificações, não previa esta possibilidade, mas sim, conforme se infere do próprio texto acima, caso não estivesse expresso o prazo, seria “considerada a aceitação tácita pela empresa do prazo estipulado, o qual se obrigará a cumprir”.

Além disso, o item **9.13** do Edital estabelecia que após o encerramento da sessão da etapa de lances, a licitante declarada vencedora, por item, encaminharia a proposta de preços. No entanto, contrariando a disposição editalícia, além da própria legislação e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme será detalhado adiante, a primeira denunciada postou mensagem informando que, independentemente da colocação no item, todos os licitantes deveriam encaminhar a proposta de preços, juntamente com a documentação de habilitação.

Ou seja, essa atitude demonstra que o *modus operandi* da primeira denunciada consistia em, primeiramente, não observar a legislação que rege o pregão eletrônico, a jurisprudência do TCU e as próprias regras do edital, além de não informar a suspensão das sessões e nem a data da reabertura das próximas, o que logicamente tornava muito difícil o acompanhamento do processo licitatório pelos licitantes concorrentes, para que assim conseguisse direcionar os itens para a empresa CENTRO OESTE.

Veja-se que a Lei nº 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, em seu art. 4º, inciso XII, estabelece que “encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação

do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital”.

O Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, de forma semelhante, no art. 25, *caput*, estabelece que “encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital”.

Ou seja, a legislação é clara ao estabelecer **o chamamento sequenciado de cada participante, de acordo com a ordem de classificação advinda da fase de lances**, tanto que o TCU, no Acórdão nº 558/2010-Plenário, TC-008.404/2009-1, relator Min. Augusto Nardes, de 24/03/2010, portanto em data anterior ao Pregão Eletrônico nº 02/2012, já havia consignado na ementa do julgado que “no pregão eletrônico, **o chamamento simultâneo de licitantes para apresentação da documentação de habilitação não tem amparo na lei de regência da modalidade** (Lei nº 10.520/2002), que prescreve o chamamento sequenciado de cada participante, de acordo com a ordem de classificação advinda da fase de lances” [grifamos].

Contudo, a primeira denunciada, com o nítido objetivo de dificultar o controle dos seus atos por parte dos licitantes concorrentes, utilizou-se da estratégia de convocar todos os licitantes, independente da colocação obtida na fase de lances, para que encaminhassem a proposta de preços e os documentos de habilitação, além de não dar a devida publicidade em relação ao encerramento e reabertura das sessões.

Desse modo, ela abriu o Pregão Eletrônico nº 02/2012 no dia **30/08/2012**, às **09:55:04**, informando aos licitantes que todos os itens seriam abertos e permaneceriam assim por um período de 25 minutos e, após esse período, seriam encaminhados para o encerramento randômico (fl. 931).

Naquela mesma data (**30/08/2012**), às **12:11:09**, encaminhou, via chat, a seguinte mensagem aos licitantes:

**A partir deste momento todas as empresas, independentemente da colocação no item terão o prazo de 24h para a proposta de preços, juntamente com a documentação de habilitação darem entrada no protocolo desta PABR** [grifamos].

E cerca de 01 (um) minuto depois, às **12:12:35**, enviou outra mensagem informando: “**NÃO SERÁ NECESSÁRIO O ENVIO VIA FAX POR PROBLEMAS NO EQUIPAMENTO DESTA UNIDADE**” (fl. 931).

Em seguida, encerrou a sessão sem qualquer informação e no dia **04/09/2012**, às **11:57:35**, postou a mensagem: “Neste momento esta Pregoeira está analisando a documentação enviada. Previsão para reabertura em **05/09 às 09h.**”

No dia **05/09/2012**, às **15:15:19**, informou aos licitantes que todas as propostas aceitas possuíam valor abaixo de 50% do estimado e solicitou que fossem apresentadas amostras “para todos os itens para análise de qualidade”, no prazo de 48h (quarenta e oito horas), ressaltando que as amostras deveriam ser apresentadas numeradas e com relação contendo quantidade e marca da amostra apresentada em papel timbrado da empresa.

Às **15:17:23** daquela mesma data, informou que “tendo em vista que 07/09 é um feriado cívico, o prazo se encerrará as 15:30 do dia 10/09”.

Ou seja, percebe-se claramente a ausência da publicidade necessária aos autos e principalmente a intenção da primeira denunciada de dificultar o acompanhamento do certame, contrariando os ditames legais, o entendimento do TCU e o próprio edital.

No dia **11/09/2012**, às **13:06:25**, a primeira denunciada postou nova mensagem, que se referia aos valores abaixo de 50% (cinquenta por cento) e solicitou novamente as amostras, fazendo referência a “propostas aceitas e não habilitadas”, o que certamente confundiria ainda mais os licitantes. Vejamos:

Atenção senhores fornecedores, tendo em vista que as **propostas aceitas e não habilitadas** possuem valor abaixo de 50% do estimado, solicito que sejam apresentadas amostras para esses itens para análise de qualidade. O prazo para apresentação das amostras é de 48h a contar deste momento. [grifamos].

As amostras deverão ser apresentadas numeradas e com relação contendo quantidade e marca da amostra apresentada em papel timbrado da empresa.

Tais situações estão devidamente comprovadas pelas mensagens encaminhadas via chat e constam do Anexo IV do Laudo Pericial (fls. 929-932).

Ocorre que, naquela data em que foi novamente solicitada a apresentação de amostras (**11/09/2012**) e naquele horário (**13:06:25**), a primeira denunciada já havia direcionado a maioria dos itens do pregão eletrônico para a empresa CENTRO OESTE, haja vista que diversas recusas de propostas (desclassificações) e aceitação para a referida empresa, foram realizadas até às **13:05:05 do dia 11/09/2012**, quando a citada empresa já havia sido HABILITADA, na maioria dos itens, constando: “habilitação em grupo de propostas”.

Ressalte-se que, em alguns casos, a habilitação da empresa CENTRO OESTE ocorreu até mesmo antes das **13:05:05** tendo sido habilitada às **10:49:25** do dia **11/09/2012** conforme se observa nos seguintes itens: **3** (fl. 822), **4** (fl. 824), **44** (fl. 905), **45** (fl. 907), **48** (fl. 914), **49** (fl. 917), **50** (fl. 919), **52** (fl. 921), **53** (fl. 923) e **55** (fl. 927).

Nos itens **6, 13, 16, 17, 21, 22, 26, 29, 30, 31, 35 e 38** a habilitação da empresa CENTRO OESTE ocorreu no dia **12/09/2012** às **14:46:45** (fls. 828, 841, 847, 850, 857, 858, 865, 869, 871, 872, 882 e 889, respectivamente).

Valendo-se de tais artifícios, a primeira denunciada recusava as propostas das empresas que haviam oferecido os melhor (sic) lances, valendo-se dos itens **6.4.1** e **9.13** do Edital, até que se chegasse à proposta da empresa CENTRO OESTE, representada pela segunda denunciada.

O 1º Aditamento à Perícia Documental traz no Anexo VI (fls. 936-990), de forma detalhada, a relação com a quantidade de empresas desclassificadas, os valores dos lances oferecidos e os motivos das desclassificações, demonstrando que a primeira denunciada recusou a proposta de diversas empresas até que conseguisse direcionar o processo licitatório, praticamente na sua totalidade, pois obteve êxito em **53 (cinquenta e três) itens**, de um total de 55 (cinquenta e cinco) itens do pregão, só não o fazendo em relação a 02 (dois) itens que foram cancelados.

Em algumas situações, ocorreram **21 (vinte e uma) recusas de propostas** de empresas concorrentes, conforme se observa, por exemplo, no item **41** (fls. 977-978 do Anexo VI do Laudo), até que se chegasse à empresa CENTRO OESTE. E neste item, o melhor lance oferecido foi no valor de R\$ 9,33 (nove reais e trinta e três centavos) ao passo que a empresa CENTRO OESTE foi habilitada com o valor de R\$ 16,50 (dezesesseis reais e cinquenta centavos).

Aliás, importante ressaltar uma grande diferença de preços oferecidos pela empresa CENTRO OESTE em relação às outras empresas participantes, representando, em algumas situações, o dobro ou até mesmo o triplo do melhor lance, conforme se observa nos itens **5, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 21, 22, 24 e 54**.

(...) (APM 7000029-98.2020.7.11.0011. evento 1, DENUNCIA1.)

A Denúncia foi recebida no dia 22 de janeiro de 2020. A ação penal se formalizou com a regular citação da acusada **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, por carta precatória, no dia 4 de fevereiro de 2020 (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 64). A corré **MARIA NAZARÉ GONÇALVES** foi citada no dia 13 seguinte, conforme certidão constante do evento 22 da APM 7000029-98.2020.7.11.0011.

Vieram aos autos os seguintes documentos, considerados relevantes para a análise da causa:

- RA 032/2020/CPADSI - Análise de Dados Bancários - prova emprestada (PQS 7000303-96.2019.7.11.0011, evento 37, RELT2);

- Relatório de Perícia (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 1, IPM1, fls. 119/205 e IPM2, fls. 3/5);
- Relatório de Perícia - 1º aditamento (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS4, fls. 3/179 e DILIGENCIAS5, fls. 1/76):
  - Anexo I - Notas de Empenho da Empresa Centro-Oeste (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS4, fls. 5/46);
  - Anexo II - Notas Fiscais da Empresa Centro-Oeste (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS4, fls. 47/74);
  - Anexo III - Ata de Realização do Pregão nº 02/PABR/2012 (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS4, fls. 75/179, e DILIGENCIAS5, fls. 1/12);
  - Anexo IV - Mensagens Via Chat do Pregão nº 02/PABR/2012 (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS5 fls. 14/17);
  - Anexo V - Tabela dos Valores Adjudicados e de Referência do Pregão nº 02/PABR/2012 (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS5 fls. 18/21);
  - Anexo VI - Relação contendo o número de empresas desclassificadas, juntamente com o valor do lance e motivo da desclassificação - Pregão nº 02/PABR/2012 (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS5 fls. 22/76);
- Relatório de Análise nº 33/2017/CPADSI, de 9 de agosto de 2017 - prova emprestada (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 11, DILIGENCIAS8, fls. 162/199, e DILIGENCIAS9, fls. 2/44);
- Processo Administrativo de Gestão do Pregão Eletrônico 02/2012 (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17):
  - Análise de Minuta (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS2, fls. 27/33);
  - Edital, (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS2, fls. 35/60, e DILIGENCIAS3, fls. 2/9);
  - Proposta da Empresa N&F Comércio de Materiais Elétricos e Hidráulicos Ltda. (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS3, fls. 11/31);
  - Proposta e documentos da Empresa Progresso Material de Construção Ltda ME (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS3, fls. 32/39);

- Proposta e documentos da Empresa Cemaco Comércio de Materiais de Construções Ltda. (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS3, fls. 40/47);
- Proposta e documentos da Empresa RCC Comércio de Materiais de Construções Ltda. (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS3, fls. 48/51, fls. 58/70 e fls. 89/92);
- Proposta e documentos da Empresa Centro Oeste Comércio de Materiais em Geral Ltda. ME (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS3, fls. 52/56, fls. 71/88 e fls. 95/96);
- Ata de Realização do Pregão Eletrônico (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS3, fls. 98/100 e DILIGENCIAS4, fls. 1/99 e DILIGENCIAS5, fls. 2/99);
- Termo de Adjudicação (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS6, fls. 2/39);
- Ata de Registro de Preços (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS6, fls. 40/44);
- Termo de Inquirição da Indiciada **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS14, fls. 9/13 e evento 24, fls. 14/15);
- Relatório de Perícia - 2º aditamento (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS14, fls. 26/83 e DILIGENCIAS15, fls. 2/37);
- Termo de inquirição da testemunha PHILLIPE MOREIRA NASCIMENTO (DILIGENCIAS16, fls. 18/19);
- Termo de Inquirição da testemunha TANIEL DE JESUS VIEIRA (DILIGENCIAS16, fls. 52/53);
- Vídeos do testemunho do perito contábil particular Marcos Heringe prestado no processo 0000064-81.2014.7.11.0111 - prova emprestada (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 77);
- Relatório de Informação Contábil - perícia técnica particular (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 131, ANEXO2);
- Relatório de pesquisa nº 129/2020 (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 141, RELT2);
- Informação nº 017/2020/CPADSI/PGJM (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 141, RELT3);
- Dados bancários brutos referentes ao afastamento do sigilo bancário, deferido no IPM 7000298-11.2018.7.11.0011 - prova compartilhada (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 141, OUT4);

• Parecer Jurídico, elaborado por advogado contratado, anexado às razões de Apelação de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 200, PAREC\_MP2).

No dia 7 de julho de 2020, foram ouvidas as seguintes testemunhas da acusação (eventos 89 e 90):

• **TANIEL DE JESUS VIEIRA** - confirmou as declarações prestadas no IPM, afirmando que somente emprestou seu nome para a empresa CENTRO-OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA. porque a corrê **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**, sua sogra à época, estava com o “nome sujo”. Afirmou que todos os atos administrativos eram realizados por ela. (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 89, VIDEO1); e

• **PHILLIPE MOREIRA NASCIMENTO** - ex-S1 da Aeronáutica, confirmou os depoimentos anteriormente prestados, afirmando que, na realização dos pregões, a acusada **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** ficava sozinha na sala, sem a presença da equipe de apoio (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 89, VIDEO1).

Na oportunidade, a requerimento do MPM, o magistrado determinou o relacionamento, como apensos, dos demais processos, nos quais as corrês figuram como acusadas (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 90).

No dia seguinte, 8 de julho de 2020, o MPM desistiu da oitiva de **JUAREZ DA CUNHA SILVA JUNIOR** (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 91).

As Defesas não arrolaram testemunhas (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, eventos 103 e 104).

**VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, em juízo, negou qualquer fraude nos processos licitatórios, afirmando que o contato com a outra corrê foi de cunho profissional e dentro da OM (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, 121, VIDEO1).

Do mesmo modo, **MARIA NAZARÉ GONÇALVES** negou todos os fatos narrados na denúncia, ressaltando que nunca teve contato com a outra acusada (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 121, VIDEO1/VIDEO2).

Na fase do art. 427 do CPPM, a Defesa da Major **VIVIANE** juntou perícia técnica particular (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 131).

A Defesa de **MARIA DE NAZARÉ GONÇALVES** deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 133).

O MPM apresentou os seguintes documentos:

- Relatório de Pesquisa CPADSI 129/2020;

- Informação 017/2020/CPADSI; e
- Dados bancários brutos referentes ao afastamento do sigilo bancário (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 141).

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar pugnou pela condenação de ambas as acusadas, como incursas nas sanções do art. 320, c/c o art. 53, do CPM por 53 (cinquenta e três) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 153).

A Defesa de **MARIA NAZARÉ GONÇALVES** requereu sua absolvição com fundamento nas alíneas “a”, “b” ou “e” do art. 439 do CPPM (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 157).

A Defesa de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** solicitou a nulidade da prova emprestada e da oitiva das testemunhas ouvidas sem acesso da Defesa aos autos. No mérito, pugnou pela absolvição com fundamento nos incisos II, V e VII do art. 386 do Código de Processo Penal comum. Subsidiariamente, requereu a desclassificação da conduta para o art. 90 da Lei nº 8.666/93, a fixação da pena no mínimo legal e o direito de apelar em liberdade (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 159).

Instadas a se manifestarem, as partes declinaram do direito de realizar sustentação oral (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, eventos 172 e 174).

O Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM julgou parcialmente procedente a denúncia, para absolver a acusada **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**, com fundamento na alínea “c” do art. 439 do CPPM, destacando a inexistência de provas nos autos de que tenha praticado qualquer ilícito militar e a impossibilidade de civis, por não terem qualquer obrigação funcional, cometerem o crime previsto no art. 320 do CPM; e condenar a acusada **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, incurso no mencionado artigo, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão.

Contra o *decisum*, o MPM apresentou tempestivo recurso de Apelação, no qual pugnou pela revisão da dosimetria, para majorar a pena aplicada à **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**. Para tanto, pleiteia fixação da pena-base próxima ao máximo previsto no tipo penal, 8 (oito) anos, por considerar que todas as circunstâncias judiciais, elencadas no art. 69 do CPM, são desfavoráveis.

Ainda contra essa acusada, requer o reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal comum, por considerar que cada item licitado, 53 (cinquenta e três), embora no mesmo processo, são ações distintas.

O Órgão acusador também pugna pela condenação da civil **MARIA NAZARÉ GONÇALVES** nas penas do art. 320, c/c o art. 53, por 53 (cinquenta e três) vezes, em continuidade delitiva, por considerar plenamente demonstrado

que ela concorreu efetivamente para a prática do delito, em conluio com a outra Apelada/Apelante (evento 1, 1-RAZAPELA).

A Defesa constituída de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** reitera os argumentos lançados em suas alegações escritas.

Inicialmente, requer o recebimento do recurso nos efeitos ativo e suspensivo, para que seja concedido o pedido liminar para recorrer em liberdade.

Preliminarmente, pugna pela nulidade da Sentença por ausência de fundamentação.

Também em sede de preliminar, alega ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, consistente na condenação baseada somente nas provas produzidas na fase inquisitorial, realização de sessão para oitiva de testemunhas sem que a Defesa tivesse acesso integral aos autos do IPM, e ilegalidade da prova emprestada.

Também, como questão prejudicial, alega violação do princípio da incomunicabilidade das testemunhas.

No mérito, requer a absolvição por ausência de provas e por manifesta inocência, nos termos do art. 386, incisos II, V e VII, do CPP. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação para o art. 90 da Lei nº 8.666/93, com a consequente extinção da pretensão punitiva pela ocorrência da prescrição.

Ao contra-arrazoar o Apelo da militar, o MPM requer seu desprovinimento (evento1, 5- CONTRAZ).

Em suas contrarrazões, a Defesa de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** pugna pelo desprovinimento do Apelo Ministerial (evento1, 5-CONTRAZ).

De modo igual, a Defesa da absolvida **MARIA NAZARÉ GONÇALVES** pleiteia o desprovinimento do recurso do MPM. Para tanto, destaca a inexistência de provas aptas a ensejar um decreto condenatório e de dolo específico necessário para a configuração do crime.

Frisa não ter ficado provado o vínculo psicológico entre as agentes para a prática da mesma infração penal, tampouco o vínculo financeiro entre as Apeladas (evento1, 4-CONTRAZ).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer do Subprocurador-Geral Dr. Giovanni Rattacaso, manifesta-se pelo desprovinimento dos Apelos (evento 6).

O Ministro-Revisor teve vista eletrônica dos autos.

É o Relatório.

**VOTO**

Os recursos são tempestivos e foram interpostos por partes legítimas e interessadas na reforma da Sentença. Por esse motivo, devem ser conhecidos.

**PRELIMINAR DEFENSIVA**

Inicialmente, a Defesa de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** pugna pelo recebimento do recurso nos efeitos ativo e suspensivo, objetivando a concessão do pedido liminar para recorrer em liberdade.

Nos termos do art. 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil, somente é possível atribuir o efeito suspensivo ativo quando o apelante demonstra a probabilidade de provimento do recurso ou, desde que relevante a fundamentação apresentada pelo requerente, houver risco de lesão grave ou de difícil reparação.

Verifica-se que o direito de recorrer em liberdade foi concedido na instância *a quo*, fundamentado na “falta de quaisquer das hipóteses que autorizam seu recolhimento cautelar”. Portanto, torna-se inviável atribuir o efeito suspensivo ativo à apelação para suspender direito já outorgado. Trata-se de instituto previsto na esfera cível sem previsão no processo penal militar.

Diante do exposto, não conheço da preliminar pleiteada por manifesta perda de objeto, tendo em vista o direito de recorrer em liberdade já estar consolidado na Sentença recorrida.

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA  
POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO**

Preliminarmente, a Defesa constituída de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** pugna pela nulidade do *Decisum* condenatório por ausência de fundamentação, destacando que “(...) configura nítida ilegalidade a decisão que se resume a indicar a motivação da apelante sem qualquer demonstração de dolo na conduta da apelante, apenas indicando que sua conduta teria favorecido terceiro, sem indicar elementos bastantes a demonstrar qual teria sido essa vantagem? Como esta foi orquestrada? Qual o meio pela qual o agente agiu?” (2- RAZAPELA, fl. 2).

A Constituição Brasileira, em seu art. 93, inciso IX, prevê que todas as decisões emanadas dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

O princípio da motivação das decisões judiciais visa garantir o acompanhamento do raciocínio do Juiz até a sua decisão, de modo a evitar arbitrariedades e a facilitar à parte sucumbente apontar as razões de seu inconformismo contra um *decisum*.

Nesse sentido, é o magistério de Cícero Robson Coimbra Neves, *in verbis*:

Na apreciação livre, mas racional, das provas, decorrente do princípio da persuasão racional, o juiz não deve guardar para si o arrimo de sua decisão, o cotejo racional das provas, mas deve expô-lo aos interessados, de forma detalhada e expressa, com o fito de trazer lisura ao exercício da jurisdição, favorecendo a possibilidade de ataque, de impugnação da decisão. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. Volume único. 5ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2021, fl. 157).

Com efeito, a pretensão defensiva carece de respaldo, pois a Sentença se encontra devidamente motivada. Verifica-se que o magistrado indicou as provas e discorreu a respeito das razões que formaram seu convencimento sobre a responsabilidade criminal da Major **VIVIANE**. Não é demais destacar que os tópicos levantados, em sede de alegações escritas por sua Defesa, foram explorados nas preliminares e no mérito.

Cabe destacar que o magistrado não está obrigado a exaurir todas as teses levantadas pela parte, o que pode fazer sucintamente. Nesse sentido, é o entendimento assente na Suprema Corte, cito:

[...] 3. **O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.** 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (AI 791292 QO-RG, Relator(a): GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13- 08-2010 EMENT VOL-02410-06 PP-01289 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118). (Sem grifos no original).

Contudo, cabe ao Juiz indicar os motivos, de fato e de direito, que balizaram sua decisão, como é o caso dos autos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da Sentença diante da ausência de fundamentação por falta de amparo legal.

**PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS  
DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA  
E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Também em sede de preliminar, a Defesa de **VIVANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** alega ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Primeiramente, sustenta que o convencimento do magistrado foi formado a partir das provas produzidas durante o IPM, sem o crivo do contraditório e sem qualquer reafirmação pelo MPM durante a Ação Penal.

Igualmente, pugna pela nulidade da sessão em que foram ouvidas as testemunhas da acusação, ressaltando que a oitiva ocorreu sem que a Defesa tivesse acesso integral aos autos do IPM.

Por fim, assevera que as provas decorrentes da quebra dos sigilos bancários foram produzidas em apenso, sob sigilo, sem intimação e acesso aos dados pelos defensores, o que teria impossibilitado à Defesa a produção de provas. Vejamos sua manifestação:

Portanto, temos um segundo motivo suficientemente hábil a invalidar vício insanável na instrução penal, posto que devido a isto, o MPM vinha omitindo provas fundamentais ao processo e que contamina todo processo e o livre convencimento do juízo a quo. (2-RAZAPELA, fl. 33). (Grifo no original).

Sobre a primeira nulidade apontada, consistente na condenação baseada somente nas provas produzidas na fase inquisitorial, não assiste razão à Defesa.

Para embasar uma condenação, as provas produzidas nessa fase devem ser confirmadas em juízo, a exemplo dos depoimentos dos réus e das testemunhas. Contudo, existem provas, como documentos e perícias, que dispensam repetição na fase judicial. Nesse sentido, encontra-se decisão da Corte Cidadã, cito:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO. RECURSO ESPECIAL PELA DIVERGÊNCIA. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA SIMILITUDE ENTRE OS JULGADOS. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PERÍCIAS E DOCUMENTOS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O recurso especial fundamentado na alínea c do permissivo constitucional não pode ser conhecido, pois não foi realizado efetivo cotejo analítico entre o acórdão apontado como paradigma e o aresto impugnado, deixando de se comprovar a exata similitude entre os referidos julgados.

2. O Tribunal de origem não fundamentou a condenação apenas nos depoimentos colhidos na fase inquisitorial, mas conjugou os referidos elementos indiciários com os diversos documentos que instruem os autos, inclusive perícias e outras provas materiais, e com o testemunho judicial do vigilante que confirmou a retirada do objeto do peculato pela agravante.

**3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, perícias e documentos são provas que não necessitam ser repetidas no curso da**

**ação penal, podendo ser validamente utilizadas para a definição da culpa penal sem violação do art. 155 do Código de Processo Penal.**

4. Sob a alegação de suposta ofensa à lei federal, a recorrente pretende, em verdade, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos para alcançar a absolvição, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1522716/SE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/3/2018, DJe 5/4/2018). (Sem grifos no original).

Cumpra esclarecer que, no curso da ação penal, a Defesa exerceu o chamado contraditório diferido sobre as provas produzidas no IPM, tendo, inclusive, juntado aos autos o depoimento prestado por Marcos Heringe, assistente técnico da Defesa nos autos da APM 0000064-81.2014.7.11.0011 (Processo originário, evento 77); e a perícia técnica particular (Relatório de Informação Contábil), para contestar a prova emprestada (Processo originário, evento 131).

Sobre o contraditório exercido no curso do processo nas provas obtidas no inquérito, insta consignar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Ementa: COMPETÊNCIA TERRITORIAL - NATUREZA. Ante a natureza relativa da competência territorial, a não arguição, em momento oportuno, implica preclusão. PERÍCIA - INQUÉRITO - CONTRADITÓRIO. **Tratando-se de perícia realizada na fase de inquérito, o contraditório é diferido, realizado no curso do processo.** PROVA - PRODUÇÃO - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA. Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento, mediante decisão fundamentada, de produção de prova considerada impertinente, irrelevante ou protelatória - artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal. (RHC 198277, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 3/5/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 26-5-2021 PUBLIC 27-5-2021). (Sem grifos no original).

Quanto à nulidade da sessão em que foram ouvidas as testemunhas, que ocorreu sem que a Defesa tivesse acesso integral aos autos do IPM, melhor sorte não lhe assiste.

Durante a oitava das testemunhas, ocorrida no dia 7 de julho de 2020, foi verificado que o advogado não estava tendo acesso integral aos autos do IPM. Constatada a irregularidade, foram providenciadas cópias dos depoimentos no *chat* do programa de reuniões por videoconferência (*Zoom*), para que o causídico pudesse formular, em caso de interesse, perguntas aos declarantes. Não é demais destacar que as declarações prestadas no IPM foram lidas na audiência (evento 89, VIDEO1).

Ainda no mesmo dia, conforme certidão constante do evento 98, o equívoco foi sanado.

Observa-se no excerto da Sentença, transcrito abaixo, que foi concedido um prazo bastante dilatado, mais de 45 (quarenta e cinco) dias, para que as defesas das acusadas pudessem indicar as testemunhas de interesse, o que não ocorreu, *in verbis*:

A questão do acesso aos depoimentos das testemunhas, colhidos em sede de IPM, foi identificado logo no início da solenidade processual. Na oportunidade, o patrono manifestou-se pela continuidade da sessão (evento 89, vídeo 01, a partir do minuto 06:08). Assim, solucionou-se imediatamente, sendo providenciado naquele mesmo dia, o acesso integral aos causídicos (evento 98).

Portanto, não se vislumbra prejuízo à defesa. Houve tempo suficiente para inquiri-las e formular perguntas, e até mesmo arrolá-las novamente, pois entre a regularização do acesso e a manifestação de que não havia interesse na prova testemunhal houve lapso temporal de mais de 45 (quarenta e cinco) dias.

Em relação a alegada nulidade das provas emprestadas, da mesma forma, não comprovado nenhum prejuízo à defesa, pois o acesso integral àqueles autos foi franqueado em tempo hábil para contradita da prova, conforme certificado no evento 62 (PQS 7000304-81.2019.7.11.0011) e evento 46 (PQS 7000303-96.2019.7.11.0011), ambos ocorreram em 03 de julho de 2020.

(APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 179, SENT1, fl. 3).

De tal modo, tendo em vista que o juízo *a quo* adotou, imediatamente, procedimentos para que a Defesa tivesse acesso aos depoimentos, fazendo, inclusive, com que ela concordasse com o prosseguimento das oitivas; e, que no mesmo dia, tivesse acesso integral ao IPM, muito antes do interrogatório das acusadas, ouvidas somente no dia 6 de outubro de 2020, inexistente prejuízo ao exercício da defesa, na referida sessão ou posteriormente, apto a ensejar a nulidade do ato ou da instrução.

Ainda sobre a suposta violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pugna pela nulidade da prova emprestada originada nas quebras de sigilos bancários, supostamente produzidas e mantidas em sigilo pelo MPM e pelo juízo.

Novamente carece de razão a combativa Defesa.

As quebras de sigilos bancários nº 7000303-96.2019.7.11.0011 e nº 7000304-81.2019.7.11.0011 foram requeridas pelo MPM no curso das investigações realizadas no IPM 7000298-11.2018.7.11.0011, instaurado para apurar indícios de crime, supostamente, praticados no Pregão Eletrônico nº

005/PABR/2009. Assim, não houve nenhuma violação ao contraditório ou à ampla defesa, pois, conforme estabelecido no Enunciado nº 14<sup>174</sup> da Súmula Vinculante, o Defensor tem amplo acesso aos elementos de provas, desde que já documentado, o que ainda não havia ocorrido.

Em 18 de maio de 2020, evento 37 do PQS 7000303-96.2019.7.11.0011, o Ministério Público Militar juntou o Relatório RA/032/2020/CPADSI, elaborado pelo Centro de Apoio à Investigação da referida instituição.

Em 29 de junho de 2020, nos autos da APM 7000302-14.2019.7.11.0011, o magistrado concedeu, às Defesas de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** e de **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**, acesso ao Pedido de Quebra de Sigilo Bancário. Posteriormente, atendeu aos pleitos defensivos naquela ação penal e concedeu um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para análise dos elementos de prova (APM 7000302-14.2019.7.11.0011, eventos 211 e 229).

Não é demais destacar que a Defesa da militar trouxe para esses autos discussão já apreciada nesta Corte nos autos do HC 7000451-15.2020.7.00.0000. Na oportunidade, de forma unânime, os ministros denegaram a ordem, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. ERRO CARTORÁRIO. NÃO CONCESSÃO DE ACESSO AOS AUTOS À DEFESA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. VÍCIO SANADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. O fato de se ter constatado erro cartorário, ao não ser franqueado à Defesa o acesso aos Pedidos de Quebra de Sigilo Bancário em momento oportuno, não é suficiente para se declarar a nulidade dos atos processuais, eis que, após essa constatação, o Juízo deferiu o pedido defensivo de acesso à prova pericial, bem como concedeu prazo razoável para que os causídicos examinassem os autos, não havendo qualquer prejuízo para a defesa, o que, nos termos do art. 499 do CPPM, impede a declaração de nulidade. **Não há como aceitar o argumento de cerceamento de defesa e de violação ao princípio da paridade de armas, uma vez que, os advogados tiveram amplo acesso aos PQS's, e tempo suficiente para que pudessem contraditar a prova produzida, da mesma forma que o Ministério Público.** Ausência de constrangimento ilegal à liberdade dos pacientes. Ordem de habeas corpus denegada. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. nº 7000451-15.2020.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) ODILSON SAMPAIO BENZI. Data de Julgamento: 3/9/2020, Data de Publicação: 14/9/2020). (Sem grifos no original).

<sup>174</sup> **Súmula Vinculante 14**

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Contra a decisão desta Corte, houve recurso ao Supremo Tribunal Federal. Em decisão monocrática, datada de 18 de março de 2021, o Ministro ALEXANDRE DE MORAES negou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus (RHC 198.961/DF). O trânsito em julgado ocorreu no dia 30 de março de 2021, conforme certidão acostada no evento 58 do HC 7000451-15.2020.7.00.0000, não cabendo mais nenhuma análise sobre a validade dessa prova.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa por falta de fundamentação legal.

### **PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS**

Em mais uma preliminar, a Defesa da Apelante/Apelada alega mais uma nulidade na instrução criminal por violação ao princípio da incomunicabilidade das testemunhas, alegando a impossibilidade de controlar o contato ou o uso de meios de comunicação das testemunhas ouvidas por videoconferência.

Ressalta que as medidas de adaptação do judiciário, em decorrência da pandemia, visando a uma resposta rápida à sociedade, configuram grave violação às normas processuais e aos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

A tese levantada pela Defesa não se mostra plausível. São apenas ilações, de forma genérica, sobre a impossibilidade de se manter a incomunicabilidade das testemunhas nas audiências realizadas por videoconferência.

No presente caso, não foi demonstrado qualquer prejuízo ou mesmo indícios de que preceitos processuais ou dispositivos constitucionais tenham sido transgredidos.

Todos os atos realizados pelo juízo *a quo*, inclusive a oitiva das testemunhas, seguiram as regulamentações do Conselho Nacional de Justiça e deste Superior Tribunal Militar.

Não é demais destacar que esta Corte, inúmeras vezes, já se debruçou sobre o assunto e rechaçou qualquer afronta às garantias previstas na Constituição Federal. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. MPM. SUSPENSÃO DO FEITO PELO JUÍZO. AUDIÊNCIA REALIZADA PELO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGULAMENTAÇÃO; CNJ E STM. INAFSTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. RESPEITO AOS POSTULADOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DEFERIMENTO. UNANIMIDADE. Em resguardo ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, consubstanciado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República,

se impõe que, respeitados os postulados do contraditório e da ampla defesa, **as audiências por videoconferência sejam realizadas, enquanto persistir o período de exceção sanitária. A realização das audiências por videoconferência mostra-se necessária, sem prejuízo às garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.** Correição Parcial conhecida e deferida à unanimidade. (Superior Tribunal Militar nº 7000007-45.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CELSO LUIZ NAZARETH. Data de Julgamento: 6/5/2021, Data de Publicação: 26/5/2021). (Sem grifos no original).

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por violação ao princípio da incomunicabilidade das testemunhas por falta de amparo legal.

### QUESTÃO DE ORDEM

Antes de adentrar no mérito, levanto uma questão de ordem sobre os documentos juntados pela Defesa de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** nesta instância recursal, com o intuito de se analisar a perícia realizada no Inquérito Policial Militar.

Trata-se de Ofícios, formulados pela própria recorrente e endereçados aos Chefes do Estado-Maior da Aeronáutica e do Grupamento de Apoio do Distrito Federal, visando à apuração, no âmbito disciplinar, das condutas dos peritos militares quando da realização das perícias nos pregões 02 e 05 (evento 8).

Verifica-se que os documentos foram produzidos nos meses de maio e julho de 2020, portanto, não são provas novas, sobre as quais a Parte só tomou conhecimento após o julgamento na primeira instância.

Volto a frisar que foi disponibilizado pelo Magistrado um prazo bem dilatado para que a Defesa pudesse produzir suas provas no momento oportuno, o que possibilitaria ao Ministério Público Militar contraditá-las.

Sobre o assunto, recorro ao magistério de Cícero Robson Coimbra Neves, *in verbis*:

Poderão os documentos ser apresentados em qualquer fase, salvo se os autos deste estiverem conclusos para julgamento (art. 378 do CPPM), mas sempre que, no curso do processo, um documento for apresentado por uma das partes, será ouvida, a respeito dele, a outra parte. (...) (NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar* - volume único. Ed. JusPODIVM, 2021, fl. 871).

Não é demais destacar que a apresentação tardia foi alcançada pela preclusão consumativa e que qualquer análise nos referidos documentos resultaria em evidente supressão de instância, tendo em vista que o Juízo *a quo* não se manifestou sobre eles.

Por esse motivo, indefiro a juntada de documentos pleiteada pela Defesa nos autos da presente Apelação e determino a sua retirada dos autos.

## MÉRITO

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Pesa sobre a Apelante/Apelada **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, Major Intendente da Aeronáutica, e a Apelada **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**, civil, a prática da conduta delitiva prevista no art. 320 do Código Penal Militar, assim tipificado:

### **Violação do dever funcional com o fim de lucro**

Art. 320. Violar, em qualquer negócio de que tenha sido incumbido pela administração militar, seu dever funcional para obter especulativamente vantagem pessoal, para si ou para outrem:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Segundo o Ministério Público Militar, a pregoeira e chefe da Seção de Licitações da Prefeitura de Aeronáutica de Brasília (PABR), então capitão, teria favorecido, por meio de irregularidades, consistentes na ausência de publicidade da suspensão e reabertura das sessões e sucessivas desclassificações de participantes, a empresa CENTRO OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA., CPNJ 10.384.409/0001-02, vencedora de todos os 53 (cinquenta e três) itens disponibilizados no Pregão Eletrônico nº 02/2012/PABR, em desacordo com a legislação que rege o pregão eletrônico, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e as regras do próprio edital.

No Juízo de primeiro grau, a militar foi condenada à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e a civil absolvida com fulcro no art. 439, alínea "c", do CPPM.

Contra a decisão, insurgiu-se a Defesa de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, alegando, principalmente, a ausência de provas e do dolo, aptos a ensejar um decreto condenatório.

Não é o que se verifica dos autos.

No pregão eletrônico nº 02/PABR/2012, destinado à aquisição de material elétrico e hidráulico, foram licitados 55 (cinquenta e cinco) itens. Desses, 2 (dois) foram cancelados.

Assim, restaram 53 (cinquenta e três) itens, todos homologados a uma única empresa, CENTRO OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA ME, representada pela corré **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**.

Durante o certame, a pregoeira, designada para a função por meio da Portaria PABR 2-T/SCI, de 27 de março de 2012 (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS2, fls. 25), causou atos tumultuários ao processo, os quais causaram um grande número de recusas de propostas e de inabilitações indevidas das demais empresas participantes.

Sobre seu comportamento, ficou consignado no Parecer Técnico realizado no processo licitatório:

7.10 - Com relação à conduta da pregoeira observado no “chat” da ata do pregão que está disponível no “Comprasnet”, foi observado que a mesma não informava a suspensão das sessões e nem a data da reabertura das próximas sessões. O fato citado acima aconteceu na sessão dos dias 30/08/2012, 05/09/2012, 11/09/2012. Vale ressaltar que no dia 11/09/2012, às 13h06min25s a operadora do certame pediu que os licitantes entregassem as suas amostras em um prazo de 48 horas e não avisou quando abriria a próxima sessão. No dia 12/09/12, às 15h13min, encerrou a sessão, não havendo mais possibilidade de intenção de recurso. Tais práticas utilizadas pela militar podem ter prejudicado os participantes do certame, pois dificultou o acompanhamento do pregão eletrônico com relação ao registro de intenção de recurso. (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 1, IPM1, fl. 123).

Questionada sobre o chamamento simultâneo de todos os licitantes, mesmo daqueles que não foram vencedores no lance, respondeu não se tratar de uma conduta particular, mas uma prática da época e que todos os procedimentos realizados no pregão seguiram o que estava previsto em lei, o que não se coaduna com a orientação do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. DIVERSAS IRREGULARIDADES. REQUISIÇÃO SIMULTÂNEA DE DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO A DEZ EMPRESAS LICITANTES. REMESSA DE DOCUMENTOS VIA FAC-SÍLIME. PRAZO EXÍGUO. CONGESTIONAMENTO DO APARELHO RECEPTOR. HABILITAÇÃO DE EMPRESA QUE ENVIOU DOCUMENTOS SEM QUE TENHA HAVIDO REQUISIÇÃO. FALTA DE DETALHAMENTO DO PRODUTO EM CAMPO PRÓPRIO. TROCA DO EQUIPAMENTO INDICADO NA PROPOSTA SEM ATESTAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA TÉCNICA. FALTA DE ENTREGA DAS LICENÇAS DOS PROGRAMAS INSTALADOS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DOS RESPONSÁVEIS. APLICAÇÃO DE MULTA. CONFIGURAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. CONVERSÃO DOS AUTOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DETERMINAÇÕES. **1. No pregão eletrônico, o chamado simultâneo de mais de uma empresa para a apresentação de documentação de habilitação não tem amparo na legislação de regência da modalidade, que prescreve o chamamento sequenciado de cada empresa, de acordo com a ordem de classificação advinda da fase de lances. 2. Quando necessário o envio da documentação de habilitação via fax, o pregoeiro fixará prazo razoável para a transmissão dos papéis, zelando para que a linha disponibilizada esteja devidamente desocupada durante todo o prazo concedido. 3. Em se tratando o objeto da licitação de produto ofertado no mercado de forma diferenciada, em diversas marcas, modelos e características, o débito a ser apurado em processo de tomada de contas especial, por venda com sobrepreço, corresponderá à diferença entre o**

valor pago pelo produto e o preço de mercado na data de aquisição, atendendo-se assim ao princípio civil que veda o enriquecimento sem causa da administração, implícito no art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. (Tribunal de Contas da União. Acórdão 558/2010, Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Data da Sessão: 24/3/2010). (Sem grifos no original).

Igualmente, sua atitude também não encontra amparo nas legislações vigentes à época, as quais determinam o chamamento sequenciado, na ordem classificatória do melhor lance. Cito:

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.

A Oficial violou seu dever funcional, por meio de interpretações tendenciosas de legislações, sob o pretexto de trazer celeridade ao processo, mas o que se observa é uma clara inobservância das normas e dos princípios que regem a administração pública e, especificamente, na modalidade licitatória do pregão, os da publicidade, da probidade administrativa, da impessoalidade e da igualdade, conforme preconizado no art. 5º, parágrafo único, do agora revogado Decreto nº 5.450/2005<sup>175</sup>.

Não é demais asseverar que agiu contrariamente aos interesses da Administração Pública, tendo em vista que as empresas que ofereceram menor valor foram alijadas do processo, tudo com o propósito de favorecer a CENTRO OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA ME (IPM 7000207-81.2019.7.11.0011, evento 17, DILIGENCIAS3, fls. 11/12, 32/34 e 48/55).

---

<sup>175</sup> **Art. 5º** A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade. Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Cabe esclarecer que a referida empresa sucedeu ZENÓBIO VIDAL DA SILVA ME, de propriedade do genitor da Oficial. Contudo, verifica-se na quebra de sigilo bancário 7000300-44.2019.7.11.0011 que ainda existia um vínculo entre **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** e essa empresa, junto ao Banco Itaú/Unibanco, de 17/1/2012 a 23/4/2014. Conforme se verifica do Extrato Consolidado por Histórico, a pregoeira representava a empresa na instituição financeira no período em que o pregão ocorreu (PQS 7000300-44.2019.7.11.0011, evento 62, OUT2, fl. 19 e evento 122, OUT4, fl. 16).

Em seu depoimento, a pregoeira afirmou que ficou sabendo da relação entre seu pai e a empresa CENTRO OESTE em momento posterior. Contudo, alguns documentos apresentados na habilitação ainda ostentavam o nome da empresa anterior, o qual também constou nas notas de empenho, assinadas pelo Ordenador de Despesas e por ela, como Chefe da Seção de Licitações.

Convém asseverar que, embora as acusadas tenham negado que se conheciam, na prova emprestada, RA 032/2020/CPADSO, foram identificadas 5 (cinco) transferências bancárias, de junho de 2009 a junho de 2010, no valor de R\$ 32.082,00 (trinta e dois mil e oitenta e dois reais), efetuadas pela Empresa LINHA DO TEMPO ESTÉTICA LTDA., cuja pregoeira foi sócia de 22/9/2006 a 13/6/2014, na conta poupança da Caixa Econômica Federal, de titularidade de **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**. Cito:

3) VÍNCULO ENTRE LINHA DO TEMPO ESTÉTICA, MARIA NAZARÉ GONÇALVES, CENTRO OESTE COM. DE MATERIAIS e Zenobio Vidal da Silva.

A empresa LINHA DO TEMPO ESTÉTICA LTDA (nome empresarial alterado em JUNHO DE 2016 para BEATRIZ RIBEIRO DE OLIVEIRA) transferiu R\$ 32.082,00, no período de junho de 2009 a junho de 2010 (Tabela 5), para a investigada MARIA NAZARÉ GONÇALVES que também recebeu R\$ 21.321,57 no período de abril de 2009 a maio de 2009 (Tabela 7, pág. 30), da empresa VIDAL - COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA (nome de fantasia da empresa CENTRO OESTE LTDA) para quem a BASE AÉREA DE BRASÍLIA pagou R\$ 300.029,82, no período de abril de 2009 agosto de 2010, conforme extrato às (fls. 28-30) da Tabela 7 do presente relatório. (PQS 7000303-96.2019.7.11.0011, evento 37, RELT2, fl. 8).

Em sua defesa, **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO** alega que as transferências foram motivadas por uma relação profissional, provavelmente decorrente do fornecimento de material. Questionada sobre a comercialização com a empresa LINHA DO TEMPO ESTÉTICA LTDA., **MARIA NAZARÉ** disse não se lembrar, mas, provavelmente, o dinheiro depositado pela empresa foi decorrente da entrega de materiais, contudo, não soube esclarecer o motivo de o valor ter sido depositado em sua conta particular.

Os autos não deixam dúvidas de que a militar sabia do vínculo entre a empresa CENTRO OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA. ME e seu genitor, motivo suficiente para se afastar do processo, com o objetivo de trazer ao certame credibilidade, transparência e lisura. Ao contrário, valeu-se da condição de pregoeira para, de livre e espontânea vontade, mediante inúmeras interferências, violar seu dever funcional para atingir seu intento.

Verifica-se da sentença vergastada que o Magistrado foi criterioso na análise dos autos. A Sentença é irrepreensível ao comparar os procedimentos legalmente previstos com as condutas adotadas pela pregoeira, as quais visavam ao favorecimento da empresa CENTRO OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA. ME. O Juiz também foi bastante minucioso para identificar os motivos que ensejaram as desclassificações das empresas que seguiram para a fase seguinte do pregão, cito:

### III. II - DA SUBSUNÇÃO AO TIPO PENAL

Em 30/08/2012, quando encerrada a fase de lances do Pregão Eletrônico 002/2012-PABR, a primeira denunciada, pregoeira, em descumprimento às determinações legais, orientou aos participantes, via mensagem no chat, às 12h 11min (IPM /evento 11, doc. 05, fl. 14-17):

a partir deste momento todas as empresas, independentemente da colocação no item terão o prazo de 24h para a proposta de preços, juntamente com a documentação de habilitação darem entrada no protocolo desta PABR.

Na sequência, às 12h 12min, enviou a seguinte mensagem:

NÃO SERÁ NECESSÁRIO O ENVIO VIA FAX POR PROBLEMAS NO EQUIPAMENTO DESTA UNIDADE.

O chamamento sequencial por classificação dos participantes para que seja analisada a sua proposta e deliberado o aceite, está previsto na Lei 10.520/2002:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...) XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

(...) XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

No mesmo sentido, o decreto 5.450/2005, que regulamentava, à época, a aplicação da lei do pregão na modalidade eletrônica no âmbito

da União, previa que as empresas classificadas na fase de lances teriam suas propostas examinadas por ordem:

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital. (...)

§ 3º Os documentos e anexos exigidos, quando remetidos via fax, deverão ser apresentados em original ou por cópia autenticada, nos prazos estabelecidos no edital. (...)

§ 5º Se a proposta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e, assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

Nesse sentido também previa o edital (IPM/evento 17, doc. 02, fl. 40-41):

9.13 - Após o encerramento da sessão da etapa de lances, a licitante declarada vencedora, por item, encaminhará, impreterivelmente em até 3 horas, via fax (61-3364-7319), a Proposta de Preços conforme subitem 6.4 deste Edital. A proposta de preços em original deverá ser entregue no protocolo da SLIC da PABR no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas. (...)

10.3 - Sendo aceitável a proposta da licitante detentora da melhor oferta, esta deverá comprovar sua condição de habilitação, com apresentação da documentação abaixo descrita, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e, no que couber, por meio de consulta ao SICAF, com posterior encaminhamento do original ou da cópia autenticada ao Pregoeiro.

Quando questionada em Juízo a respeito dessa perturbação da ordem estabelecida e o desrespeito à legislação vigente, a ré Maj Viviane tentou se justificar dizendo que era o praxe da época:

só para deixar claro essa não era a minha conduta, se a senhora tiver a oportunidade de levantar como eram realizados os pregões da época, eram todos desta mesma maneira. Essa conduta era adotada porque ela não feria nada. Porque o procedimento dos licitantes já era esse: a partir do momento que encerrava a etapa de lances, toda documentação era enviada pra gente. E porque se assim não fosse, um pregão levaria 6 meses, de 3 a 6 meses, facilmente. Chamando de 1 em 1, um pregão, eu não lembro exatamente quantos itens tem esse, mas um pregão de 60 itens leva 3 meses. O pregão ele foi criado com a finalidade de ser um procedimento célere (evento 121, vídeo 01, minutos 15:09 a 16:10).

Verifico nos autos que a maioria das participantes não apresentaram as suas propostas no prazo fixado pela pregoeira, o que causou grande número de desclassificações (registradas como recusa da proposta no sistema comprasnet) pelo item 9.13 do edital, mencionado acima, que era justamente a ausência de apresentação da proposta de preços.

Apresentaram suas propostas apenas 5 (cinco) empresas:

- N&F COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS E HIDRAULICOS LTDA., CNPJ/CPF:37.981.719/0001-60, proposta entregue em 30/08/2012, às 16:13 (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 11).
- CEMACO COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA - ME, proposta entregue em 31/08/2012, às 10:15 (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 40-47).
- RCC COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUCOES LTDA, CNPJ/CPF: 10.433.687/0001-02, proposta entregue em 31/08/2012, às 10:50 (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 48-51).
- CENTRO OESTE COMERCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA ME., CNPJ/CPF:10.384.409/0001-02, proposta entregue em dia não visível do mês de agosto de 2012, em horário igualmente não visível (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 71-88).
- COMERCIAL PROGRESSO MATERIAL DE CONSTRUCAO LTDA - ME, CNPJ/CPF:11.397.994/0001-48, proposta entregue em 31/08/2012, às 10:01 (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 32-34).

Como não constam outras propostas, infere-se que apenas essas empresas seguiram para a próxima fase. A orientação via chat dada pela pregoeira, para que todos, independente de classificação, apresentassem, além de suas propostas, as documentações para habilitação contraria frontalmente a legislação vigente à época, tendo o condão de afastar fornecedores interessados.

Cabe consignar que, em depoimento na fase das investigações, a acusada Maj Viviane afirmou que a desclassificação registrada no site comprasnet, na ata de realização do Pregão, era pelo item, 6.4.2 e que foi erro de digitação a menção do 6.4.1 (IPM/eventos 17, doc. 14, fl. 09-10 e evento 24, fl. 97).

Abaixo transcrevo os mencionados itens (IPM/evento 17, doc. 02, fl. 38):

6.4.1 Citação do prazo de entrega de, no máximo, 30 (vinte) dias corridos, a partir do recebimento da Nota de Empenho. Caso não esteja expresso, será considerada a aceitação tácita pela empresa do prazo estipulado, o qual se obrigará a cumprir;

6.4.2 Prazo validade não inferior a 12 (doze) meses, a contar da data (sic) publicação da Ata de Registro de Preços no site do comprasnet. Em caso de omissão considerar-se-á aceito o prazo

de 12 (doze) meses, conforme Art. 6º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002;

As empresas “desclassificadas” do certame no segundo momento (aceite das propostas) foram as seguintes:

a) N&F COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS E HIDRAULICOS LTDA: Teve sua proposta recusada em todos os itens que participou (01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 40, 41, 42,43, 44, 45, 48, 49, 50, 53, 54 e 55), pelo mesmo motivo: descumprimento do item 6.4.1 do edital - IPM/evento 17, doc. 04, fl. 31).

A proposta está no IPM/evento 17, doc. 03, fl. 12 e está em desconformidade, em verdade, com o item 6.4.2 do edital. Todos os registros das recusas da proposta ocorreram em 11/09/2012 em horário sequencial iniciando em 11h 16min e terminando em 15h 11min.

b) CEMACO COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA:

Não aparece na classificação por lances no registro do sistema.

c) RCC COMERCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇOES LTDA:

Obteve o aceite individual da proposta em muitos itens em primeiro lugar, conforme se segue: Em 05/09/2012 (10h 57min às 15h 15min): Itens: 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13,14, 15, 16, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41,42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54 e 55).

Protocolou as amostras apenas dos itens: 01, 06, 07, 15, 48 e 49, em 10/09/2021, às 16:10 (IPM/evento 17. doc. 03, fl.89).

Na sequência, apresentou declaração de que não tinha as outras amostras por falta de estoque (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 91).

Inabilitada (documentação para habilitação incompleta) por descumprimento do item 10.3.3, letra “f” do edital (não apresentou prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho), item 10.3.4 letra “a”(não apresentou atestado de capacidade técnica indicando quantidade e qualidade dos produtos anteriormente fornecidos) e o item 10.4.8. (não apresentou alvará de funcionamento).

Os registros de inabilitações ocorreram no sistema em 11/09/2012, de 10h51min até 11h15min. Além disso, foi registrado no sistema que houve a recusa de sua proposta por haver descumprido a solicitação de apresentar as amostras de material solicitadas, como descrito acima e tendo por base a declaração da própria empresa. Cotejados os autos verifíco que ausentes os documentos que ensejaram a inabilitação da participante (IPM/evento 17, doc. 04, fl. 10).

d) EMPRESA COMERCIAL PROGRESSO:

Teve sua proposta recusada nos itens (05, 11, 12,13, 14, 17, 18, 23, 24, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 40, 44, 45, 46, 47, 50, 55) por

descumprir o item 6.4.1 do edital. A proposta apresentada estava fora do prazo exigido pelo item 6.4.2 (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 34).

Dessa forma, conforme cotejamento das documentações trazidas nos autos, verifiquei como indevidas as recusas de propostas sob justificativa de não atendimento dos itens 6.4.2 (validade da proposta ser de 12 meses), uma vez que era prerrogativa da pregoeira sanar erros e falhas desse tipo (§ 3º do art. 26, do decreto 5.540/2005), objetivando o interesse da Administração militar em contratar com a empresa que havia se classificado com o melhor lance, em consonância com o previsto no art. 4º, inciso X, da na (sic) Lei 10.520/2002:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...)

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

Decreto 5.540/2005:

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses. (...)

§ 3º No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

Em relação às inabilitações ocorridas pelo não atendimento aos itens 10.3.3 (letra "f") 10.3.4 (letra "a") e 10.4.8 do edital, também estas foram indevidas, pois procedidas prematuramente, haja vista que o edital previa que após o aceite da proposta a empresa teria um prazo de 24h para apresentação da documentação de habilitação e no caso dos autos a inabilitação que poderia, ou não, ocorrer 24h após a apresentação da documentação exigida ocorreu instantaneamente.

Até esse ponto, cumpre destacar que a pregoeira promoveu um verdadeiro atropelo no procedimento licitatório que causou um grande número de recusas de propostas e de inabilitações indevidas.

O resultado visível dessa situação promovida pela acusada Maj Viviane, de plano, foi a exclusão do certame de empresas que haviam oferecido o menor lance.

Conforme preconiza o TCU, as normas que regem a licitação devem ter interpretação favorável à ampliação da disputa entre os licitantes de maneira a alcançar o melhor negócio para a Administração Pública. A exemplo, veja o excerto de acórdão contemporâneo aos fatos:

(...) Não é razoável demandar o exercício de um direito dos licitantes fora do horário de expediente normal das repartições públicas, bem como exigir que permaneçam em estado de plantão enquanto o pregão estiver em andamento. Nesse ponto, também entendo que não foram respeitados os princípios da razoabilidade, igualdade, competitividade e publicidade dos atos do procedimento licitatório. Ademais dessas irregularidades, houve desclassificações de propostas da representante e de outras empresas e o cancelamento na aceitação de itens sem a devida motivação ('não cumprimento de exigências do edital'), procedimento desconforme ao estabelecido no art. 22, § 3º, do Decreto 5.450/2005. O potencial valor a maior a ser despendido pela unidade jurisdicionada em razão da desclassificação de empresas que ofertaram preços inferiores aos adjudicados e contratados está estimado em R\$ 42.210,60 (peça 10). Registro que as normas disciplinadoras da licitação devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados e desde que não comprometam o interesse da Administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação (art. 5º, parágrafo único, Decreto 5.450/2005) (...) (ACÓRDÃO 7513/2012 - PRIMEIRA CÂMARA, Relator: Min. WEDER DE OLIVEIRA, Data da sessão: 04/12/2012, Número da ata: 44/2012 - Primeira Câmara).

Por fim, empresa CENTRO OESTE entregou a proposta e a documentação para habilitação (o protocolo da data de entrega está ilegível, v. IPM/evento 17, doc. 03, fl. 52-56 e 71-88) e o aceite ocorreu em dois momentos distintos: Em 05/09/2012: (11:01 até 15:08): itens 03, 04, 18, 37, 44, 45, 51 e 52 (esse aceite ocorreu justamente nos itens em que a empresa RCC não obteve o aceite individual).

Em: 11/09/2012 (11:01 até 13:04):itens 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 55 (esse aceite ocorreu após a empresa RCC ter informado que não tinha as amostras para os itens em que tinha obtido o aceite da proposta e igualmente após o registro de inabilitação da RCC por não ter apresentado todas as documentações para habilitação).

As amostras solicitadas foram entregues nas seguintes datas (v. IPM/evento 17, doc. 03, fl. 92-95): Em 10/09/2012, às 15:10: Itens 01, 03, 05, 06, 07, 15, 18, 37, 44, 45, 48, 49, 51 e 52. Em 12/09/2012, às 11:30: Itens 06, 13, 16, 17, 21, 22, 26, 29, 30, 31, 35, 38, 49, 50, 53 e 55 (IPM/evento 17, doc. 03, fl. 92-95).

A habilitação ocorreu também em dois momentos: Em 11/09/2012, às 10:49, para os itens: 03, 04, 18, 37, 44, 45, 51 e 52; às

13:05, para os itens:01, 02, 05, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 14, 15, 19, 23, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 34, 36, 40, 41, 42,43, 46, 47 e 54; Em 12/09/2012, às 14:46, para os itens: 06, 13, 16, 17, 21, 22, 26, 29, 30, 31, 35, 38, 48, 49, 150, 53 e 55.

Observe que a partir do momento em que a empresa CENTRO OESTE foi habilitada, por item em grupo, deveria ter sido aberto o prazo para recurso dos outros participantes, conforme a Lei 10.520/2002:

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos; (...)

Igualmente previsto no decreto:

Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.

§ 1º A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do *caput*, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor.

Entretanto, o relatório de perícia, de 12 de julho de 2018 (IPM/evento 01, doc. 01, fl. 119-124), concluiu que a pregoeira não informava a suspensão das sessões e nem a sua reabertura, prejudicando a possibilidade de registro de intenção de recurso dos participantes do certame. Isso gerou mais um transtorno, pois obsteu o direito das outras empresas recorrerem. A lei dispõe que qualquer licitante poderia apresentar a intenção de recurso (art. 4º, inciso XVIII, da lei 10520/2002).

Assim, percebe-se que o procedimento correto seria, após a etapa de lances, a pregoeira examinar as propostas por ordem de colocação, sendo que se os primeiros colocados fossem desclassificados seriam chamados os subsequentes.

A verificação da habilitação, como disposto no edital, deveria ser comprovada no prazo de 24h após o aceite da proposta. Aceita a proposta e cumpridos os requisitos da habilitação o fornecedor seria declarado vencedor.

A partir da declaração de que houve um vencedor, seria aberto o prazo para registro da intenção de recurso aos outros participantes cujas

razões deveriam ser entregues no prazo de 3 dias. Isso não ocorreu no caso concreto, demonstrando-se uma fraude no procedimento licitatório perpetrada pela primeira acusada, com evidente quebra de ser (sic) dever funcional, objetivando beneficiar a empresa CENTRO OESTE.

Além disso, foi verificado que a pregoeira não estimulou a competição, contrariando em lei (Lei 10520/2020, art. 4ª XVIII): “nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor”.

A pregoeira agiu de forma diversa ao determinado em lei, conforme se observa no registro de chat (IPM/evento 11, doc. 05, fl. 16-17).

Importa destacar que a empresa CENTRO OESTE é sucessora da empresa VIDAL COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA-ME, cujo um dos sócios era o genitor da pregoeira e primeira denunciada, Maj Viviane, e a outra sócia era a atual representante da empresa Centro Oeste, a segunda denunciada civil Maria de Nazaré.

Destarte, verifica-se dos documentos trazidos para a fase de habilitação, que a empresa vencedora ainda ostentava o nome da empresa sucedida em seu timbre, assim como em seu Alvará de funcionamento e que as Notas de Empenho resultantes do contrato vieram com o nome do pai da primeira acusada: ZENÓBIO VIDAL DA SILVA ME (v. IPM/evento 17, doc.03, fl. 71-80 e doc.06, fl. 51-94).

Ora, é evidente que a empresa beneficiada com as ilegalidades praticadas pela ré Maj Viviane favoreceram a empresa que pertencia ou pertenceu ao seu pai, situação que deixa clara a motivação desta (sic).

Dessa maneira, as provas evidenciam que a conduta da pregoeira violou seu dever funcional desrespeitando frontalmente a legislação vigente e os princípios da Administração Pública e das Licitações. Portanto, caracterizam o tipo previsto no art. 320 do CPM. (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 179, fls. 6/11). (Grifos no original).

A Defesa dessa acusada prossegue seu arrazoado discorrendo sobre as provas ilícitas e a possibilidade da aplicação do previsto no art. 157 do CPP, diante da omissão da matéria na legislação processual castrense.

Sobre o assunto, Cícero Robson Coimbra Neves esclarece:

A produção de provas – testemunhais, documentais ou periciais – responde também a uma disciplina constitucional, O inciso LVI do art. 5º da Carta Política dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, devendo elas ser extirpadas dos autos.

Ocorre que a Constituição se refere a prova produzida por meio ilícito, ou seja, a prova ilícita (obtida ilicitamente) é inadmissível no processo, mas não a prova ilegítima, esta mera irregularidade que não causa nulidade à ação penal. (NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal* - Volume único, Salvador, JusPODIVM, 2021, p. 834).

Não existe nenhuma prova ilícita nos autos. Os fatos narrados pela Defesa são meras irregularidades, prontamente sanadas quando identificadas, portanto, incapazes de causar nulidade à ação penal.

Cumprido destacar que o acesso integral aos autos do IPM e aos pedidos de quebra de sigilo bancário e fiscal ocorreu dentro da instrução probatória, o que possibilitou à Defesa contraditar as provas, o que efetivamente ocorreu por meio do Relatório de Informação Contábil elaborado por perito particular (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento e 131).

Subsidiariamente, a Defesa requer a desclassificação da conduta para o agora revogado art. 90 da Lei nº 8.666/93, com a consequente declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Novamente, não lhe assiste razão.

Conforme se depreende dos autos, o comportamento perpetrado pela Apelante/Apelada subsume-se, perfeitamente, ao tipo penal pelo qual foi condenada. Valendo-se da função para a qual estava devidamente designada, no exercício de suas atribuições, descumpriu o que estava previsto nas normas específicas do pregão eletrônico e no edital, bem como deixou de seguir as orientações do Tribunal de Contas da União para favorecer a empresa CENTRO OESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA. ME, a qual possuía vínculo empresarial com seu pai e, conforme já demonstrado, ela mesmo a representava junto ao Itaú/Unibanco.

No mesmo entendimento, é o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar. Cito:

Novamente o argumento não é digno de prosperar, a uma em observância à especialidade da Lei Penal Militar e, a duas, porque a conduta da ora Apelante foi o direcionamento do pregão eletrônico com o objetivo de auferir vantagem indevida, violando, dessa forma, o seu dever funcional, na medida em que exercia a função de pregoeira e chefe do Setor de Licitações. A conduta, destarte, se amolda perfeitamente à hipótese estabelecida no art. 320 do Codex Castrense, não havendo que se falar em afronta à lei de licitações. Consequentemente, fica afastado o pedido de reconhecimento da prescrição. (Evento 6, fl. 6).

Ainda nessa esteira, destaco os ensinamentos de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger sobre o art. 320 do CPM, *in verbis*:

O núcleo da conduta é “violar”, macular, ferir, desobedecer preceito legal decorrente do cargo e/ou função que ocupa, o que pode se dar por ação ou omissão.

Ressalte-se que tal desrespeito legal tem objetivo certo, que é a intenção de obter vantagem pessoal por meio de especulação.

Para caracterização do delito é necessário que o autor esteja incumbido de atividade que lhe tenha sido designada pela administração militar.

O legislador não define o tipo de vantagem, mas, em vista de ser promovida pela especulação, é mais provável que seja de ordem econômica, apesar de, como dito, não ter sido delimitada. Considerando, enfim, o nome do crime dado pelo legislador penal militar ao tipo sob exame, a vantagem só pode ser econômica.

A vantagem tanto pode ser para o autor como para terceiro, mas é imprescindível que exista; não é necessário que seja alcançada (exaurimento), mas tão somente que haja essa possibilidade. Poderia ser o caso de militar envolvido na confecção de edital de processo licitatório que divulgasse informação capaz de criar especulação sobre o preço do material a ser licitado.

Na jurisprudência, colhe-se como exemplo da prática deste delito o ato de oficial da Aeronáutica, com o fito de obter especulativamente vantagem pessoal para si e para outrem, ao direcionar o procedimento licitatório (STM, Embargos de Declaração n. 7001179-90.2019.7.00.0000, rel. Min. William de Oliveira Barros, j. 19/11/2019 e o (sic) atos de policiais militares, incumbidos pela administração militar de manterem sigilo sobre determinadas informações referentes a operações policiais de repressão ao comércio informal (“camelôs”), feriram este dever passando tais informações adiante, com o fim de obtenção de vantagem pessoal, consistente em pagamento em dinheiro (TJM/SP, 1ª Câmara, Apelação Criminal n. 0002574-38.2013.9.26.0040, rel. Juiz Sílvio Hiroshi Oyama, j. 16/06/2015). (NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* - volume único. JusPODIVM, 2021, fl. 1762).

Permanecendo na análise do apelo de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, entendo não ser possível retroceder às orientações do Decreto nº 10.024/2019 para alcançar os fatos praticados em 2012, quando, ao tempo da conduta, estava vigente o Decreto 5.450/2005, em homenagem aos princípios do *tempus regit actum* e da segurança jurídica, absolutamente necessários aos procedimentos licitatórios.

Esse entendimento encontra amparo nas alterações de 2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), destaco:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas

por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Ao contra-arrazoar a tese, o MPM de piso assim se manifestou:

Quanto ao fato de o Decreto nº 10.024/2019 haver revogado o Decreto nº 5.450/2005, na regulamentação do pregão eletrônico, no qual a defesa se ampara para argumentar a ocorrência da *novatio legis in melius*, inclusive com base no Parecer Jurídico juntado em anexo às razões de apelação, há que se ressaltar que a mudança legislativa ocorreu exatamente para imprimir maior competitividade e transparência aos certames.

Assim, caso seja comparado o procedimento adotado pela Maj VIVIANE na condução do Pregão Eletrônico nº 02/2012-PABR à época, com o novo Decreto, sua conduta se torna ainda mais grave, haja vista que consistia exatamente em não dar a devida publicidade aos seus atos e determinar que todas as empresas, independente da classificação no item, encaminhassem os documentos de habilitação e as propostas de preços, com a nítida finalidade de dificultar o acompanhando (sic) do processo pelos licitantes concorrentes. Pois, o Decreto nº 10.024/2019, em seu art. 33, § 2º, estabelece, além da disputa normal, uma oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superiores àquela, possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.

Além disso, não mudou a sistemática quanto à análise de forma sequencial das propostas, pois o art. 39 estabelece que, encerrada a etapa de negociação, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação no edital, observado o disposto no parágrafo único do art. 7º (critérios de julgamento das propostas) e no § 9º do art. 26, que trata do encaminhamento pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances.

Desse modo, a conduta da Apelante na condução do pregão eletrônico à época, não só infringiu o edital, a legislação vigente e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como, se fosse adotada já na vigência do Decreto nº 10.024/2019, representaria uma verdadeira afronta aos seus dispositivos, haja vista que o legislador buscou maior efetividade na negociação e transparência, visando obter propostas mais vantajosas para a Administração. Situação inversa ao adotado pela Apelante. Portanto, não merece ser acolhida esta tese defensiva. (Evento 1, 5-CONTRAZ, fl. 4.)

O Ministério Público Militar também demonstrou insatisfação com o *decisum* de primeiro grau. Em suas razões, pugna pela revisão da pena aplicada a **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÉLO** e pela condenação de **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**.

Sobre a condenação da civil, a pretensão ministerial não deve prosperar. Em que pese a divergência da doutrina sobre a possibilidade de o

civil responder pelo art. 320 do CPM, filio-me ao entendimento de que, para que isso ocorra, mesmo como coautor ou partícipe, é necessário que ele esteja no desempenho de função pública, para que seja incumbido pela administração militar, o que não é o caso dos autos.

Nesse norte, mais uma vez recorro aos magistérios de Coimbra Neves e Streifinger. Cito:

Sujeitos do delito: o sujeito ativo do delito pode ser tanto o militar da ativa, federal ou estadual, ou mesmo, no desempenho de função pública, o civil, este restrito, em posição dominante, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF). **Necessário, entretanto, que seja pessoa incumbida pela administração militar** (crime próprio). (NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* - volume único. JusPodivm, 2021, fl. 1760). (Sem grifos no original).

Outro não é o entendimento do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Giovanni Rattacaso, *in verbis*:

*Mutatis mutandis*, aderimos ao entendimento supra, mais uma vez em uníssono com o eminente Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, Dr. FREDERICO MAGNO DE MELO VERAS, que abordou a matéria com muita propriedade no corpo da Sentença *sub oculi*, deixando assente que, no caso vertente, as condições de caráter pessoal da civil MARIA NAZARÉ GONÇALVES não se comunicam com as da coautora militar, por ser civil sem qualquer vínculo com a Administração Militar. (Evento 6, fl. 7).

Quanto à dosimetria da pena de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, o argumento do MPM também não merece ser acolhido.

A pena prevista para o delito em apreço é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão. Ao fixar a pena-base, o juiz analisou todas as circunstâncias que entendeu desfavoráveis à ré, atento à sua primariedade, para fixá-la em 4 (quatro) anos, justificando os motivos que formaram seu convencimento, cito:

Como extensamente demonstrado, a Maj Viviane, infringiu a lei, desrespeitou as regras vigentes dando orientação estranha ao trâmite normal do certame, quando via chat no dia 30/08/2012, transmitiu aos participantes determinação de entregarem as documentações antes do prazo previamente estabelecido, subvertendo a ordem do processo licitatório.

Desrespeitou os princípios norteadores do processo licitatório, por exemplo, omitindo os prazos de abertura de manifestação de intenção de recurso. Tudo com a intenção de beneficiar a empresa que ainda ostentava vínculo empresarial com seu genitor.

Ou seja, abstendo-se de sua fidelidade para com a administração pública, infringindo as leis que regravam o certame, enfim, violando seu dever funcional, praticou o crime do art. 320 do CPM.

As circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM são desfavoráveis à acusada. Em que pese sua primariedade, vê-se que houve um forte descumprimento de uma série de atribuições funcionais, houve planejamento e a intensidade do dolo foi grande, eis que valeu-se de uma série de manobras para lograr atingir seu objetivo.

Além disso, tratando-se de acusada que ao tempo dos fatos já tinha considerável experiência militar, no posto de Capitão, deve ser classificado seu comportamento como ainda mais grave.

Registre-se ainda que a ré não mostrou qualquer arrependimento.

Em razão disso, a pena-base deve ser fixada em 04 (quatro) anos de reclusão.” (APM 7000029-98.2020.7.11.001, evento 179, fl. 12.)

Frente à inexistência de atenuantes e de agravantes e de causas de aumento ou de diminuição de pena, permaneceu no mesmo *quantum*.

Por fim, afastou a continuidade delitiva pleiteada pelo *Parquet Miliciens*. Embora tenham sido licitados 53 (cinquenta e três) itens, o comportamento da acusada ocorreu em um único processo licitatório, Pregão 02/PABR/2012, como bem explicitado na Sentença, o qual passo a expor:

De plano, consigne-se não ser possível o concurso de crimes pela quantidade de itens vencidos no pregão (53 itens).

A conduta criminosa da acusada ocorreu nos limites de um único procedimento licitatório, embora possa ser fragmentada em diversos atos visando atingir a meta optata, situação a ser considerada na apreciação das circunstâncias judiciais.

Imagine-se o caso de um ladrão que, após adentrar em uma residência, furtar um relógio guardado em uma cômoda, dinheiro do cofre e um cinzeiro de prata do escritório. Para cada uma destas subtrações ele teve uma série de atos diversos (e.g.: abrir a gaveta da cômoda, arrombar o cofre e entrar no escritório), mas é certo que será denunciado apenas pelo um furto de vários objetos e não por diversos furtos. (APM 7000029-98.2020.7.11.0011, evento 179, SENT1, fl. 12).

No mesmo entendimento, caminha a PGJM, destaco:

(...) No crime de “violação do dever funcional com o fim de lucro” (art. 320 do CPM), o núcleo do tipo é, obviamente, “violar” e, no caso *sub examen*, a Sentenciada burlou um único processo licitatório, não havendo que se falar em crime continuado em razão da quantidade de itens adjudicados no pregão em apreço, conforme, aliás, muito bem exposto na v. Sentença. (Evento 6, fl. 7).

Sobre a fixação da pena, Guilherme de Souza Nucci esclarece:

266. Conceito de aplicação da pena: trata-se de um processo judicial de discricionariedade vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração pena. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados

para a pena) deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). (...). (NUCCI. Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado* - 4ª ed. Forense, 2021, fl. 127).

Assim, comprovadas a autoria e a materialidade do delito praticado por **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, como incurso no art. 320 do CPM, a manutenção da Sentença é medida que se impõe.

A pena é justa, dentro dos parâmetros legais, não incidindo qualquer violação aos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Também não há que se falar no reconhecimento da causa extintiva da punibilidade decorrente da prescrição da pretensão punitiva.

No tocante a **MARIA NAZARÉ GONÇALVES**, sua absolvição deve ser mantida pelos motivos já expostos.

A Sentença não merece qualquer reparo, motivo pelo qual ambos os apelos devem ser rejeitados.

**Em face do exposto**, conheço e nego provimento aos Apelos do Ministério Público Militar e de **VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO**, para manter, na integralidade, a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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 pleiteada por manifesta perda de objeto, tendo em vista o direito de recorrer em liberdade já estar consolidado na Sentença recorrida; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade da Sentença diante da ausência de fundamentação, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por falta de fundamentação legal; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade por violação ao princípio da incomunicabilidade das testemunhas, por falta de amparo legal. Na sequência, em sede de questão de ordem levantada pelo Ministro Relator, **por unanimidade**, em indeferir a juntada de documentos pleiteada pela Defesa, determinando a sua retirada dos autos. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, em conhecer e em negar provimento ao Apelo de Viviane Macedo da Silva Curvêlo e, **por maioria**, em negar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar para manter, na integralidade, a Sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 9 de dezembro de 2021 – Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro-Relator.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ  
Apelação Nº 7000293-23.2021.7.00.0000

Cuida-se de Recursos de **Apelação** interpostos pela Defesa constituída da Major da Aeronáutica Viviane Macedo da Silva Curvêlo e pela nobre Procuradora de Justiça Militar Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz, contra Sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar, Dr. Frederico Magno de Melo Veras, publicada em 22.2.2021, que julgou parcialmente procedente a Denúncia e absolveu a Acusada Maria de Nazaré Gonçalves da prática do crime previsto no art. 320 do Código Penal Militar (CPM) – *violação do dever funcional com o fim de lucro* –, com fundamento no art. 439, alínea “c”, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), e condenou a Ré, Major Viviane Macedo da Silva Curvêlo, como incurso no art. 320 do CPM, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicialmente aberto e o direito de recorrer em liberdade.

Segundo a Denúncia, no período de 30.8.2012 a 16.10.2012, nas dependências da Prefeitura de Aeronáutica de Brasília, a Denunciada, agindo com vontade livre e consciente, violou seu dever funcional, ao atuar na função de pregoeira e de Chefe da Seção de Licitações, para obter, especulativamente, vantagem pessoal para outrem, ao direcionar o Pregão Eletrônico 02/2012 em 53 oportunidades em benefício da empresa Centro Oeste Comércio de Materiais em Geral Ltda, representada pela segunda Denunciada, Maria de Nazaré Gonçalves, a qual, dolosamente, concorreu para a prática do delito.

Conforme já deliberado pela maioria da Corte, nos termos do Voto do Relator, as preliminares devem ser rejeitadas. A Decisão condenatória encontra-se bem fundamentada e não houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A Ré Viviane Macedo Silva Curvêlo foi condenada com base em todo o elemento probatório, não apenas no Inquérito Policial Militar, mas também de acordo com as provas produzidas durante a instrução criminal. Não há, portanto, nulidade a ser reparada. Inexistem também motivos para acreditar que houve violação à comunicabilidade das Testemunhas. Conforme trecho do Parecer:

Esta última preliminar também não merece prosperar, uma vez que a Resolução nº 329 do C. Conselho Nacional de Justiça prevê a oitiva de testemunhas por videoconferência, como medida excepcional decorrente da pandemia da Covid-19. Além disso, não restou provado que houve comunicação entre as testemunhas ouvidas na APM *in casu*, tampouco qualquer prejuízo à Apelante.

No mérito, compreendo que não há reparo a ser feito na Sentença condenatória no tocante à condenação da primeira Denunciada. A conduta delitativa encontra-se bem delineada nos autos. A Maj Viviane Macedo da Silva Curvêlo violou o seu dever funcional e favoreceu a empresa Centro Oeste em procedimento de Pregão Eletrônico realizado no âmbito da Prefeitura de Aeronáutica de Brasília, em desacordo com a legislação em vigor. Conforme consignado no Voto do eminente Relator:

Cabe esclarecer que a referida empresa sucedeu ZENÓBIO VIDAL DA SILVA ME, de propriedade do genitor da Oficial. Contudo, verifica-se na quebra de sigilo bancário 7000300-44.2019.7.11.0011 que ainda existia um vínculo entre VIVIANE MACEDO DA SILVA CURVÊLO e essa empresa, junto ao Banco Itaú/Unibanco, de 17/1/2012 a 23/4/2014. Conforme se verifica do Extrato Consolidado por Histórico, a pregoeira representava a empresa na instituição financeira no período em que o pregão ocorreu (PQS 7000300-44.2019.7.11.0011, evento 62, OUT2, fl. 19 e evento 122, OUT4, fl. 16).

Em seu depoimento, a pregoeira afirmou que ficou sabendo da relação entre seu pai e a empresa CENTRO OESTE em momento posterior. Contudo, alguns documentos apresentados na habilitação ainda ostentavam o nome da empresa anterior, o qual também constou nas notas de empenho, assinadas pelo Ordenador de Despesas e por ela, como Chefe da Seção de Licitações.

Convém asseverar que, embora as acusadas tenham negado que se conheciam, na prova emprestada, RA 032/2020/CPADSO, foram identificadas 5 (cinco) transferências bancárias, de junho de 2009 a junho de 2010, no valor de R\$ 32.082,00 (trinta e dois mil e oitenta e dois reais), efetuados pela Empresa LINHA DO TEMPO ESTÉTICA LTDA., cuja pregoeira foi sócia de 22/9/2006 a 13/6/2014, na conta poupança da Caixa Econômica Federal, de titularidade de MARIA NAZARÉ GONÇALVES.

As justificativas apresentadas pela Ré não convencem e, de acordo com o Voto, a Sentença é irrepreensível, pois o magistrado foi bastante minucioso ao identificar os motivos que ensejaram as desclassificações das empresas concorrentes.

No tocante ao recurso Ministerial, em que pese não haver, de fato, unidade da doutrina sobre o tema, ressalto que já me manifestei no julgamento da AP 7000700-63.2020.7.00.0000 pela possibilidade de coautoria no crime previsto no art. 320 do CPM, na forma do art. 53 do CPM, se a pessoa concorre para o crime com conduta relevante à realização do delito.

Ademais, consoante asseverou a douta Procuradora de Justiça Militar Dra. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz, nas Razões de Apelação:

[...] a existência de vínculo entre as Apeladas está devidamente comprovada nos autos. E esse Superior Tribunal Militar possui

entendimento firme no sentido de que o civil pode responder pelo delito previsto no art. 320 do CPM. Quanto à primeira questão, conforme já demonstrado no decorrer do conjunto probatório, o vínculo entre as Apeladas se extrai dos atos praticados, pelas duas, no decorrer do processo licitatório, e pelo fato de serem as duas representantes da empresa.

No mais, há que se considerar que, nos crimes praticados no curso de processos licitatórios, a prova somente pode ser obtida a partir dos detalhes da disputa, analisando-se as mensagens realizadas via chat, a quantidade de desclassificações ocorridas e principalmente o volume de itens adjudicados à mesma empresa. Pois, obviamente, os agentes, que estão agindo em comunhão de esforços, concorrendo para a prática delituosa, procuram dar um “ar de legalidade” à disputa, buscando, caso constatada a ilicitude, que os atos sejam considerados como meras irregularidades administrativas. No presente caso, o contexto probatório, sem sombra de dúvida, revela a prática criminosa, tornando-se cristalino o vínculo entre as Apeladas, quando se observa que, de um total de 55 (cinquenta e cinco) itens do pregão, 53 (cinquenta e três) foram direcionados à mesma empresa (CENTRO OESTE), só não tendo sido direcionados os 55 itens porque 02 (dois) deles foram cancelados. E isso após diversas recusas de propostas (desclassificações) de outras empresas concorrentes, que, em alguns casos, chegaram a atingir a quantidade de 21 (vinte e uma) eliminações.

Essas provas documentais são corroboradas pelo histórico de composição da empresa CENTRO OESTE, sucessora da empresa ZENÓBIO VIDAL DA SILVA - ME, que possuía como único sócio o Sr. ZENÓBIO VIDAL DA SILVA (pai da Maj VIVIANE), após este concentrar todas as quotas da sociedade então denominada VIDAL COMÉRCIO DE MATERIAIS EM GERAL LTDA-ME.

As Notas Fiscais e as Notas de Empenho juntadas aos autos comprovam que, apesar de as notas fiscais serem emitidas em nome da empresa CENTRO OESTE, as notas de empenho ainda eram expedidas com o nome antigo da empresa (ZENÓBIO VIDAL DA SILVA - ME). Inclusive, os documentos apresentados pela empresa CENTRO OESTE, na fase de habilitação, ainda ostentavam o nome da empresa sucedida em seu timbre. Além disso, a Maj VIVIANE era representante da empresa junto ao banco Itaú/Unibanco em período concomitante com a civil MARIA NAZARÉ, ou seja, as duas Apeladas eram representantes da mesma empresa, o que comprova e afasta qualquer dúvida quanto à existência de vínculo entre elas.

Citou-se, ainda na Apelação, trecho do Voto da insigne Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, no julgamento da Apelação 1-18.2002.7.10.0010, processo de Relatoria do Ministro Flávio de Oliveira Lencastre, julgado em 13.11.2007:

Na oportunidade, a Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, ao proferir seu Voto, discorreu minuciosamente acerca do delito previsto no art. 320 do CPM, ressaltando que **não há que se falar em caráter personalíssimo do dever funcional, em que cada autor estaria violando o seu dever separadamente, pois, se os sujeitos ativos estão agindo em conluio, podem interferir nas atribuições dos outros, inclusive sendo possível que particulares pratiquem atos de execução, tenham acesso a informações sigilosas, sistemas computacionais, etc.**

A Ministra também adentrou à questão da coautoria no referido crime (art. 320 do CPM), ressaltando que o Código Penal Militar, assim como o Código Penal comum, adotou como regra a teoria monista ou unitária e citou diversas doutrinas, finalizando que a violação do dever funcional com o fim de lucro é crime uno, que segue a regra geral adotada pelo Código (teoria monista), detalhando que o art. 53 do CPM, além de consagrar a teoria unitária, prevê a comunicabilidade das circunstâncias ou condições de caráter pessoal que integrem o tipo penal. (DJe de 22.2.2008; grifo nosso).

Assim, valho-me da doutrina de Cleber Masson e faço um paralelo com outros crimes praticados contra a Administração, como no caso do peculato, em que a condição de funcionário público é elementar do tipo. Nesses casos, ressalta o citado doutrinador que a referida condição:

**(...) comunica-se a todos aqueles que tenham concorrido de qualquer modo para o crime, mesmo em se tratando de pessoas alheias aos quadros públicos.** É o que se extrai do artigo 30 do Código Penal: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime. (Grifo nosso).

Nesse contexto, não há dúvidas da prática do crime previsto no art. 320 do CPM pela Acusada Major Viviane Macedo da Silva Curvelo, que previamente ajustada com a Corré e em comunhão de desígnios violou seu dever funcional, com o fim de obter especulativamente vantagem pessoal para si ou para outrem. A civil Maria de Nazaré Gonçalves concorreu para essa ofensa contra a Administração Militar.

O tipo em tela é crime propriamente militar e funcional, cuja tutela jurídica resguarda o regular funcionamento da Administração Militar e do dever de fidelidade. O dever funcional é a obrigação decorrente do cargo ou ofício, em que exista correlação na atividade desempenhada e o negócio ilícito almejado.

O referido tipo não existia no Código Penal Militar de 1944, tampouco no Código Penal comum em vigor, foi previsto no Código Penal de 1969, que não entrou em vigor. Em seu art. 347 previa-se pena de reclusão de 3 a 10

anos para a prática do referido delito (ALVES-MARREIROS, Adriano. ROCHA, Guilherme. FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 1226).

Ademais, trata-se de crime formal, em que para haver consumação basta a violação com o fim de obter especulativamente vantagem pessoal, ou seja, não há necessidade que o agente obtenha o ganho desejado (ROSSETO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

Consoante revela Adriano Alves-Marreiros, os crimes formais são, *in verbis*:

[...] aqueles cujos tipos penais preveem uma conduta e um resultado naturalista, mas este não é de modo algum cobrado como condição de consumação. Normativamente, entretanto, eles sempre alcançam um resultado, pois se eles se consumam é porque ofenderam ou ameaçaram algum bem jurídico inserto em tipo penal incriminador. (ALVES-MARREIROS, Adriano. ROCHA, Guilherme. FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 479).

Por vantagem pessoal entende-se que pode ser tanto para o autor como para terceiro. Conforme acrescenta Cícero Robson Neves e Marcello Streifinger, embora seja imprescindível que exista, não é necessário que seja alcançada, mas tão somente que haja essa possibilidade (*Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1823).

Extrai-se de precedente desta Corte Militar que o referido crime é uma espécie de corrupção, punido de forma exemplar aquele que utiliza a máquina pública com o intuito de lucro, *in verbis*:

EMENTA: Apelação. Violação do dever funcional com o fim de lucro (CPM, art. 320). [...] Mérito: Hipótese em que Oficial, valendo-se da condição de Chefe da Unidade Militar, em que servia, firma, à revelia de seus superiores, acerto com empresa privada, para realização de trabalhos de campo de levantamento planialtimétrico em município brasileiro, com utilização de material e pessoal do Exército, e mediante pagamento de quantia depositada em suas contas bancárias. Incontroversa a prova carreada aos autos, baseada em depoimentos contundentes, demonstrando que o Acusado praticou a conduta delitiva narrada na denúncia, a fim de obter, por meio de atividade especulativa, vantagem pessoal. Improcedência do pedido de desclassificação para o crime de prevaricação, visto que não se tratou de retardar ou deixar de praticar ato de ofício, mas sim **de uso da função pública para obtenção de vantagem pessoal com o objetivo de lucro**. Por unanimidade, rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas pela Defesa e, no mérito, negado provimento ao apelo, mantendo-se íntegra a Sentença *a quo*. (Apelação 8-75.2006.7.03.0103. Rel. para o Acórdão Min. Francisco José da Silva Fernandes. Julgado em 15.3.2011. Publicado em 6.6.2011; grifo nosso).

A corrupção é um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta diferentes países do mundo e prejudica as instituições democráticas. O conceito de corrupção é amplo e inclui práticas de suborno, propina, fraude, apropriação indébita, dentre outras ações delitivas em que o agente se utiliza de influência ou informação privilegiada para obter ganhos pessoais.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção reforça que os Estados devem “desenvolver códigos de conduta que incluam medidas de estímulo a denúncias de corrupção por parte dos servidores, e de desestímulo ao recebimento de presentes, ou de qualquer ação que possa causar conflito de interesses” (Disponível em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>. Acesso em 16.4.2021).

Consoante lição de Cícero Robson Neves e Marcello Streifinger:

[...] o crime em foco (art. 320 do CPM) exige a relação da conduta com a função pública, obviamente, exclui-se da sujeição ativa o militar inativo, **exceto se em concurso de pessoas (§ 1º do art. 53 do CPM)** ou se estiver exercendo função em razão de estar sendo empregado regularmente na Administração Militar, nos termos do art. 12 do CPM. (*Manual de direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1826).

De acordo com o art. 53 do CPM, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas. O parágrafo primeiro complementa:

§ 1º A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Não se comunicam, outrossim, as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Segundo a doutrina, o Código Penal Militar, alinhado à teoria da equivalência dos antecedentes, adotou a teoria subjetiva causal ou extensiva em relação ao conceito de autor. Nesse contexto, quando duas ou mais pessoas praticam a conduta descrita no tipo configura-se coautoria e, por outro lado, quem auxilia de qualquer forma, sem a prática da conduta descrita no crime, configura-se participação (NEVES, Cícero R. Coimbra. Op. cit., p. 447).

Enio Luiz Rossetto ensina que para o reconhecimento do concurso de pessoas é necessário o preenchimento de alguns requisitos: pluralidade de pessoas; pluralidade de condutas relevantes; e liame subjetivo entre os agentes (causalidade psíquica). E acrescenta, *in verbis*:

Conduta relevante é aquela que “empresta contribuição objetiva ao empreendimento criminoso”. O Código Penal Militar adotou a teoria da equivalência dos antecedentes (art. 53), de modo que, num primeiro lance, pode-se afirmar serem puníveis as condutas que integram a linha

de desdobramento causal determinante do resultado. Da expressão de qualquer modo se infere que cada concorrente contribui, de um modo, para a realização do crime. Estamos a falar em causalidade material, que é a contribuição que cada agente dá para a realização do crime. Essa contribuição, somada à de outro agente, colima no aperfeiçoamento do crime. (*Código Penal Militar*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 263).

*In casu*, não há dúvida de que a civil Maria de Nazaré Gonçalves contribuiu para a prática delitativa perpetrada diretamente pela primeira Denunciada e sua empresa foi beneficiada por 53 vezes pela Maj Viviane Macedo. O simples fato de participar do certame com conhecimento que seria diretamente beneficiada já demonstra o dolo em sua conduta.

Ademais, foram identificadas cinco transferências bancárias, de junho de 2009 a junho de 2010, no valor de R\$ 32.082,00, efetuados pela empresa Linha do Tempo Estética Ltda., cuja pregoeira foi sócia de 22.9.2006 a 13.6.2014, na conta poupança da Caixa Econômica Federal, de titularidade de Maria de Nazaré Gonçalves.

De acordo com o art. 29 do CPM:

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

A relação de causalidade entre a conduta e o resultado é sempre aquela que pode ser valorada através de um vínculo subjetivo do agente. Logo, a cadeia natural de causalidade é limitada pelo dolo ou culpa, o que gera ao sistema jurídico um efeito relevante.

*In casu*, se a Ré Maria de Nazaré Gonçalves não tivesse participado do engodo no processo licitatório, que acabou por frustrar o caráter competitivo do certame, o crime de violação do dever funcional sequer teria ocorrido. Sua conduta é condição *sine qua non* para que o delito fosse realizado.

Assim, deve ser condenada pela prática da conduta delitativa, em coautoria, nos termos da Denúncia.

Passo à dosimetria da pena. Como não há circunstâncias judiciais negativas a serem sopesadas, além das que se encontram no tipo, condeno a Acusada Maria de Nazaré Gonçalves à pena de 2 anos, mínima em abstrato prevista no art. 320 do CPM, que se torna definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes e de causas de aumento ou diminuição de pena.

A Ré faz jus ao benefício da suspensão condicional da pena, uma vez que atende aos pressupostos objetivos previstos no art. 84, incisos I e II, do

CPM. 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.

Ante o exposto, dou provimento ao Apelo ministerial e condeno a Acusada Maria de Nazaré Gonçalves à pena de 2 anos, como incurso no art. 320, c/c o art. 53 do CPM, com o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 anos, ex vi do art. 84 do CPM, cumprida as condições do art. 626 do CPPM, com exceção da alínea “a”, com a obrigatoriedade do comparecimento trimestral perante o Juízo da Execução.

Superior Tribunal Militar, 9 de dezembro de 2021.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz  
Ministro do STM

---

---

**APELAÇÃO Nº 7000295-90.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: Lucas Araújo Barbosa.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogados: Dr. Adilson Dantas Conceição (OAB: BA17377) e Dra. Thalita Barros de Araújo (OAB: BA47062).

---

**EMENTA**

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 315 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE.

Para a configuração da figura típica do uso de documento falso, basta a simples utilização do documento como se ele fosse autêntico, envolvendo uma situação juridicamente relevante.

Embora o Acusado, em Juízo, tenha declarado que não procedem os fatos relatados na Denúncia, os elementos de prova carreados ao longo da instrução processual permitem concluir que o Réu fez o uso de atestados médicos falsos, não existindo qualquer indício de que os referidos atestados foram fornecidos por qualquer médico ou funcionário da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira.

A despeito de não ter havido perícia nos documentos apresentados pelo Acusado, a doutrina e a jurisprudência dos Pretórios firmaram entendimento no sentido de que a prova pericial não é o único meio apto a demonstrar a falsidade do documento, podendo ser suprida por qualquer outro meio idôneo.

Vale dizer que, embora imprescindível nos crimes que deixam vestígios, conforme disposto no art. 328 do Código de Processo Penal Militar, o exame pericial pode ser suprido por outros elementos probatórios existentes nos autos. Assim, no delito de uso de documento falso, a identificação da materialidade delitiva prescinde da realização de exame pericial quando a falsidade pode ser constatada por outros meios idôneos de prova que, mesmo colhidos na fase inquisitorial, além de não terem sido infirmados pelos demais elementos colhidos durante a instrução processual, estariam sujeitos a eventual questionamento no chamado contraditório diferido.

Negado provimento ao Apelo. 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**, negou provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Carlos Vuyk de Aquino.

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, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 29/11/2021 a 2/12/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defesa constituída do ex-MN LUCAS ARAÚJO BARBOSA contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 6ª CJM, de 16 de março de 2021, que, por maioria de votos (4x1), condenou o Acusado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, como incurso no artigo 315, c/c os arts. 311 e 58, todos do Código Penal Militar, e com o art. 71 do Código Penal comum, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto e o direito de apelar em liberdade.

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 15 de março de 2019, nos seguintes termos:

(...) Constam dos autos do IPM que, no dia 06 de fevereiro de 2018, o ora denunciado (LUCAS ARAÚJO BARBOSA) e o MN WILLIAN compareceram à Divisão de Saúde da BNA para homologação de seus atestados médicos (fls. 10/11), emitidos no dia 05/02/2018 pelo Hospital São João de Deus – Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira/BA, com assinatura do médico Luiz Guilherme S. Costa, sugerindo 04 (quatro) dias de afastamento das atividades laborais para ambos os militares. Devido à coincidência dos atestados e suposta divergência nas assinaturas do médico, foi verificado no prontuário do MN LUCAS a existência de outros atestados da mesma Unidade de Saúde com assinaturas diferentes do médico Emanuel L. M. Costa.

Realizado contato com a unidade de saúde, o Sr. Luiz (faturista do Hospital São João de Deus) informou, categoricamente, que nas datas apostas nos atestados médicos não consta entrada dos militares naquela unidade de saúde e os referidos médicos trabalhavam efetivamente no hospital e desconhecem, totalmente, as assinaturas, inclusive fariam boletim de ocorrência junto ao conselho de medicina (doc. fls. 16).

Inquirido o Dr Luiz Guilherme S. Costa, médico signatário do atestado de 05/02/2018, negou o atendimento, a autoria da assinatura e o carimbo apostos no documento, inclusive não estava trabalhando no Hospital naquela data. (págs. 119/120 e 226/227).

Após requisição ministerial, a OM informou que foi concedida a dispensa mesmo tendo percebido as discrepâncias, pois a apuração só foi iniciada no dia seguinte ao começo da licença pelo marinheiro (pág. 176). Por fim, foi verificado que o ora denunciado utilizou-se do mesmo estratagema para conseguir outra licença em 08/01/2018, conforme indicado na Tabela de pág.195.

Às fls. 234, Ofício do Hospital Casa Misericórdia comunicando o *falsum* dos 02 (dois) Atestados utilizados pelo ora denunciado.

Os elementos de prova colhidos no IPM anexo demonstram que o ora denunciado, de maneira livre e consciente, usou atestados médicos falsos perante a Administração Militar e obteve dispensas de serviço, praticando, assim, o delito previsto no Art. 315 do CPM.

Em razão do exposto, denuncio o MN LUCAS ARAÚJO BARBOSA, como incurso nas sanções previstas no artigo 315, do CPM c/c Art. 71 do CP, por 2 (duas) vezes (...).

Constam dos autos os seguintes documentos:

1) Atestado Médico datado de 8 de janeiro de 2018, supostamente emitido pelo médico Dr. Emanuel L. M. Costa, da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira, nos seguintes termos:

(...) Atesto para os devidos fins que o(a) Sr.(a) Lucas Araújo Barbosa (...) foi atendido(a) nesta unidade no dia 08/01/18, devendo ausentar-se de suas atividades laborais e ou estudantis, por um período de 05 (cinco) dias por motivo de doença. CID R06-0 (...);

2) Atestado Médico datado de 5 de fevereiro de 2018, supostamente emitido pelo médico Dr. Luiz Guilherme S. Costa, da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira, nos seguintes termos:

(...) Atesto para os devidos fins que o(a) Sr.(a) Lucas Araújo Barbosa (...) foi atendido(a) nesta unidade no dia 05/02/18, devendo ausentar-se de suas atividades laborais e ou estudantis, por um período de 04 (quatro) dias por motivo de doença. CID J96-9 (...);

3) Informação da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira/BA encaminhada por *e-mail* em 5 de março de 2018 ao Encarregado do IPM, do qual se extrai o seguinte:

(...) Venho através deste, responder o *email* referente aos atestados que foram apresentados pelos militares Willian Silva dos Santos e Lucas Araújo Barbosa. Após análise e apresentação dos atestados aos médicos Emanuel L. M. Costa e Luiz Guilherme S. Costa foi constatado que as assinaturas não correspondem às assinaturas dos respectivos médicos,

assim como não foram encontrados atendimento médico nas datas descritas nos atestados, e as datas apresentadas não conferem com as datas do atendimento dos médicos acima mencionados. Estamos à disposição para maiores esclarecimentos (...);

4) Ofício nº 32/2018, de 20 de março de 2018, da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira/BA, no qual, em resposta ao Ofício nº 20/BNA-MB do Encarregado do IPM, apresentou as seguintes informações:

(...) vimos, através da presente, prestar esclarecimentos quanto a forma de gestão que envolve os atendimentos aos usuários desta instituição e prestadora de serviços de saúde.

1. Os registros de atendimentos são realizados na recepção do ambulatório deste Nosocômio, através de sistema informatizado, tendo como empresa contratada a SP DATA, sistema esse altamente eficiente na base de dados, cujos atendimentos são realizados através da classificação de risco onde a urgência e emergência têm atendimento priorizado.

2. Como já foi enviando através de correio eletrônico, voltamos a ratificar que não houve atendimentos dos pacientes nos dias que constam nos referidos atestados, uma vez que são dias em que não há atendimento desses profissionais nesta Instituição. Vale ressaltar que Dr. Luiz Guilherme S. Costa CRM 9650, médico adoperaste, atende neste hospital a nível ambulatorial só às quartas-feiras e Dr. Emmanuel Luiz Machado Costa CRM 4068 é médico plantonista atendendo exclusivamente às terças e quinta feira, não havendo chance destes atendimentos serem feitos por esses profissionais.

3. Não são reconhecidos os atendimentos pelos médicos mencionados bem como a assinatura dos profissionais diferem totalmente das assinaturas dos mesmos. Nota-se também que as assinaturas tendo o mesmo profissional nos supostos atendimentos, diferem de forma acintosa de atestado para atestado.

4. Em conversa com os médicos não foram extraviados nenhum carimbo dos respectivos profissionais bem como da Instituição (...).

5) Ofício nº 416/BNA-MB, do Chefe do Departamento de Administração da Base Naval de Aratu, comunicando o licenciamento do Acusado, nos seguintes termos:

(...) Licenciado do Serviço Ativo da Marinha “por conclusão do tempo de serviço”, em 01MAR2018, por meio da Portaria nº 52/2018, do Comando do 2º Distrito Naval e desligado desta Base Naval na mesma data (...);

6) Comunicação Interna nº 141, de 8 de outubro de 2018, do Encarregado do IPM, dando conta de que o Acusado, efetivamente, usufruiu da licença utilizando-se de falso atestado médico, nos seguintes termos:

(...) as dispensas médicas apresentadas pelos militares indiciados no Inquérito Policial-Militar instaurado pela Portaria nº 22/BNM, de 12MAR2018: (...) MN-RC 17.17.0660.17 LUCAS ARAUJO BARBOSA (LSAM), foram homologadas e que, essa forma, os indiciados usufruíram das licenças previstas nos atestados cuja veracidade foi investigada neste inquérito (...);

A Denúncia foi recebida em 18 de março de 2019, e o Réu foi devidamente citado em 6 de maio de 2019. O Ministério Público Militar arrolou as seguintes testemunhas:

1) Médico Dr. Emmanuel Luiz Machado Costa, que afirmou:

(...) **Juíza:** Em 6 de fevereiro de 2018, na época dos fatos, o Sr. atuava aonde? **Testemunha:** No Hospital São João de Deus em Cachoeira. **Juíza:** O Sr. Teve ciência desses fatos e foi ouvido no inquérito? **Testemunha:** Na época sim, pela Marinha. **Juíza:** O Sr. lembra de ter atendido os dois militares? O Marinheiro Lucas e o William? **Testemunha:** Não Sra. **Juíza:** E os atestados que eles apresentaram que continham a sua assinatura, conferiam? **Testemunha:** Não era a minha assinatura e nem o carimbo era o meu, na época que eu fui falar na Marinha, eu levei o meu carimbo e apresentei lá. **Juíza:** O seu CRM é 4068? **Testemunha:** Sim, mas na época eu não reconheci nem o carimbo e nem a assinatura. **Juíza:** No inquérito já foi exibido para o Sr. os documentos, o Sr. confirma? **Testemunha:** Sim Sra. **Juíza:** O Sr. se recorda se algum desses militares foram atendidos nesse Hospital? **Testemunha:** Não me lembro de ter atendido nenhum militar. **MPM:** Qual a especialidade do Sr.? **Testemunha:** Urgência. **MPM:** Nesse Hospital São João de Deus também trabalha o médico Luiz Guilherme Santos da Costa? **Testemunha:** Trabalhava sim. **MPM:** Na mesma época que o Sr.? **Testemunha:** Sim. **MPM:** E qual era a especialidade dele? **Testemunha:** Ortopedista. **Defesa:** O Sr. no Hospital de Cachoeira atende em emergência né isso? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Todos os dias da semana, naquela época de 2018, o Sr. se recorda qual era a rotina de trabalho do Sr.? **Testemunha:** Eu sempre dei plantão lá uma ou duas vezes por semana, mas não me lembro quais eram os dias. **Defesa:** O Sr. se recorda de quantas pessoas atendia por dia nesse plantão? **Testemunha:** Entre trinta a quarenta pessoas. **Defesa:** Então pelo que eu estou entendendo é muito difícil o Sr. se recordar da fisionomia de todas as pessoas que o Sr. atendeu em fevereiro de 2018 né isso? **Testemunha:** Da fisionomia sim, mas de ter atendido militar não. **Defesa:** Em relação a estrutura do Hospital em Cachoeira, como era a estrutura na época, tinha dificuldade de médicos ou faltava médicos lá, o que o Sr. pode dizer sobre a estrutura de funcionários e serviços? **Testemunha:** Na época não tinha dificuldades. **Defesa:** O Sr. sabe informar quantos médicos atendiam com o Sr. na emergência? **Testemunha:** Na emergência sempre foi apenas 1 médico plantonista. **Defesa:** O Sr. sabe dizer se o documento que o Sr. reconheceu que não foi assinado pelo Sr., teria sido impresso pela Santa Casa? **Testemunha:** A folha que foi me apresentado

na época do inquérito era da Santa Casa, mas a assinatura e o carimbo não. **Juíza:** Se a pessoa comparecesse lá no dia que não tinha médico como era feito esse atendimento? **Testemunha:** Não tinha quem atendesse, o paciente era encaminhado para São Felix. **MPM:** É possível naquele Hospital uma pessoa ser atendida pelo médico e não constar o registro desse atendimento? **Testemunha:** Não, pois quando a pessoa apresenta o documento é feito a ficha no computador e fica registrado no sistema e se tomar medicação fica registrado no livro de medicação é tudo registrado. **MPM:** Consta na denúncia que havia outros atestados com assinatura do Sr. em dias diversos, em quais dias da semana o Sr. trabalhava no hospital? **Testemunha:** Não lembro muito bem, mas tenho impressão que era terça e quinta. **Juíza:** O Dr. Luiz Guilherme Santos da Costa trabalhou nessa época no Hospital? **Testemunha:** Sim. **Juíza:** E ele ainda trabalha lá? **Testemunha:** Não. **Juíza:** O Sr. sabe em que época ele saiu de lá? **Testemunha:** Deve ter uns quatro a cinco meses. **Juíza:** O Sr. sabe onde ele está morando hoje? **Testemunha:** Feira de Santana (...) (Grifos no original).

## 2) Civil Luiz Antônio Costa Araújo, que afirmou:

(...) **Juíza:** O Sr. é provedor da Santa Casa de Misericórdia é isso? **Testemunha:** Sim. **Juíza:** Desde de que época o Sr. está nessa função? **Testemunha:** Desde julho de 2017. **Juíza:** Antes do Sr. ser chamado aqui, o Sr. tomou conhecimento desses fatos no inquérito? **Testemunha:** Sim, porque em algumas diligências eu tive que manifestar situações solicitadas. **Juíza:** O que foi solicitado para o Sr. na época? **Testemunha:** Foi solicitado a confirmação de que Dr. Emanuel e Dr. Luiz Guilherme eram profissionais médicos do Hospital. **Juíza:** Do Hospital São João de Deus né isso? **Testemunha:** Sim Sra. **Juíza:** O Sr. sabe se aquele Hospital chegou a atender militar na emergência? **Testemunha:** Lá atende a população como um todo e tem um sistema de informação obrigatório no Hospital que registra todos os procedimentos, desde a recepção até o processo final de qualquer paciente. **Juíza:** Como foi emergência a pessoa precisa chegar lá e se identificar né isso? **Testemunha:** Se identifica e é feito um registro e se é uma pessoa que tem plano privado é identificado como tal e se não, apresenta a carteira do SUS. **Juíza:** Com base nisso que todos os procedimentos são feitos? **Testemunha:** Sim, o primeiro registro é na recepção e aguarda a classificação de risco e a classificação de risco determina o tipo de atendimento que vai para o médico, a partir daí é toda orientação de diagnóstico que cada profissional faz. **Juíza:** E tudo isso é registrado eletronicamente ou fisicamente? **Testemunha:** Eletronicamente, todo sistema de saúde municipal e federal está tudo registrado. **Juíza:** A denúncia é em relação a atestados médicos que foram apresentados e não conferem com as assinaturas dos médicos, então é isso que eu queria saber do Sr., o paciente que é liberado, mas precisa ficar afastado do seu serviço por motivo de doença, ele já sai de lá com o atestado nesse atendimento de emergência que ele foi? **Testemunha:** Isso varia, porque os profissionais têm um procedimento chamado protocolo e os hospitais têm a norma, e o atestado é a

conclusão do fechamento do diagnóstico, então se é fechado um diagnóstico de uma fratura, então é obrigado naquele momento, se é um profissional que vai estar ausente do serviço, então é um atestado que é solicitado e fornecido, isso vai de acordo com o fechamento do diagnóstico do médico. **Juíza:** O Sr. tomou conhecimento desses atestados que foram apresentados pelos militares? **Testemunha:** As informações que eu formalizei como responsável do Hospital foram feitas com base nas solicitações feitas e se os médicos eram do Hospital, foram confirmados e como havia solicitação de apuração de assinaturas e datas, essas questões, houve desdobramentos dos médicos que fizeram o testemunho deles, de conferência de assinatura e esses desdobramentos não ficaram mais ao nosso alcance e a confirmação se as assinaturas eram verdadeiras isso ficou por conta das declarações dos profissionais. **Juíza:** Em algum meio de comunicação como *facebook*, *instagram* ou página da *web* é possível pegar um formulário com o logotipo do Hospital? **Testemunha:** Não, porque tudo que é registro de atividade do atendimento é um sistema que tem toda a sua proteção sigilosa, a gente tem acesso, mas só se revela ao paciente. **Juíza:** O logotipo do Hospital confere, é esse mesmo que está nos atestados dos acusados? **Testemunha:** Eu não tive nem essa preocupação, como as respostas que foram nos solicitados não exigiu de mim fazer essa apuração. **MPM:** O Sr. disse que toda entrada lá no Hospital Santa Casa tudo é registrado eletronicamente né isso? **Testemunha:** Sim. **MPM:** Desde quando isso é feito? **Testemunha:** Desde quando ele é habilitado a prestar serviço ao SUS, então é obrigatório contratualmente, é só um hospital prestar serviço ao sistema único de saúde que é um sistema universal do SUS. **MPM:** O Sr. sabe precisar a quanto tempo? **Testemunha:** Mais de vinte anos. **MPM:** Pode se afirmar que não é possível uma pessoa ser atendida e ficar sem registro? **Testemunha:** Não, é obrigatório se dirigir a recepção para iniciar o atendimento, até em caso de muita gravidade, quando o paciente entra em estado de vida ou morte, é imediatamente conduzido ao leito, mas o acompanhante se dirige a recepção. No ato do socorro o cartão do SUS é o pré-requisito, existe caso esporádico da pessoa não está com o cartão do SUS, o próprio sistema gera um cartão. **MPM:** Na época o Dr. Emanuel Luís de Machado Costa, o Sr. se recorda que dias ele trabalhava lá no Hospital? **Testemunha:** Ele era plantonista às terças e quintas-feiras. **MPM:** E o Dr. Luís Guilherme? **Testemunha:** Às quartas-feiras. **Defesa:** Segundo o Dr. Emanuel só existia de fato um médico para plantão de emergência, me parece que isso era um quadro de dificuldade de médico? **Testemunha:** Não, é porque pelo perfil de número de leitos e do perfil demográfico você estabelece a necessidade de ter mais de um plantonista, no São João que a cidade está com o dobro da população, a gente mobiliza dois médicos plantonistas porque é em função daquele quadro atípico, mas no padrão é um plantonista 24 horas. **Defesa:** Minha pergunta foi se tinha dificuldade para plantão de médicos na emergência? **Testemunha:** Não. **Defesa:** Na segunda-feira e na sexta não tinha médico escalado para plantão de atendimento de emergência e chegando um paciente para atendimento de emergência na segunda-feira qual era o

procedimento? **Testemunha:** Dr. Emanuel tinha uma escala de plantão às terças e quintas e na segunda era um outro profissional e quarta era outro profissional e Dr. Luís Guilherme não é um médico plantonista ele faz um atendimento de especialidade ortopédica que é um atendimento ambulatorial fora do plantão. **Defesa:** É porque o Dr. Emanuel foi ouvido agora pouco e confirmou que só existia um médico que era ele na terça e na quinta e além dele o Sr. Luís na quarta que eram os únicos médicos que faziam atendimento no plantão. **Testemunha:** De segunda a segunda você tem o plantão 24 horas para atendimento de urgência e emergência, cada dia você tem o normal de urgência e emergência, tem dias que você tem três ou quatro médicos como ginecologista no ambulatório. **Defesa:** Atendimento de emergência de ortopedia, no caso de uma crise de coluna de um cidadão de Cachoeira chegando na segunda-feira, quem atendia? **Testemunha:** O plantonista da segunda. **Defesa:** O Sr. se recorda o nome do médico? **Testemunha:** Não, eu sei que o Dr. Emanuel tinha um quadro efetivo a anos às terças e quintas-feiras. **Defesa:** Então o Sr. não sabe dizer quem seria o médico que atenderia o cidadão na segunda-feira se precisasse de um atendimento de emergência ortopédica? **Testemunha:** Não. **Defesa:** O carimbo que o Sr. viu no atestado médico corresponde ao carimbo que normalmente é usado nesses documentos? **Testemunha:** O formato da logomarca sim. **Defesa:** Eu me refiro ao carimbo grande. **Testemunha:** Não me recordo. **Conselho:** Esses blocos de atestados são feitos em gráfica ou impressos pelo sistema? **Testemunha:** Nesse período era em gráfica, inclusive agora é produzido nos próprios hospitais atualmente. **Conselho:** E como é o acesso a esses blocos de atestados? **Testemunha:** Apenas os médicos têm acesso (...). (Grifos no original);

### 3) Médico Dr. Luiz Guilherme Santos da Costa, que afirmou:

(...) **Juíza:** O Sr. lembra desse ocorrido? **Testemunha:** Eu já fui na Marinha duas vezes responder sobre esses atestados. **Juíza:** O Sr. conhece os acusados? **Testemunha:** Não Sra. **Juíza:** O que o Sr. pode dizer a respeito dessa assinatura do Sr. que consta nos atestados? **Testemunha:** Esses atestados não conferem com a minha assinatura e nem o carimbo, falsificaram até o carimbo e eu sempre fico no hospital de Cachoeira e esses rapazes nunca foram atendidos por mim no Hospital de Cachoeira e não tem histórico nenhum de atendimento desses rapazes comigo lá no Hospital de Cachoeira, o carimbo é falso e assinatura é falsa. **Juíza:** Na época que o Sr. tomou conhecimento desses fatos, o Sr. procurou verificar nos prontuários se eles teriam sido atendidos lá? **Testemunha:** Com certeza, inclusive a data que consta nesse atestado eu nem estava atendendo lá pois não era o meu dia de trabalho. **Defesa:** O Sr. se recorda se nos dias de segunda-feira na época dos fatos, existia médico para atendimento da população como ortopedista? **Testemunha:** Não, pois o único ortopedista lá era apenas eu e pelo o que me consta era um feriado de carnaval e eu não estava trabalhando. **Defesa:** Então nesse dia não tinha médico de plantão para caso ortopédico? **Testemunha:** Tinha um médico de plantão clínico. **Juíza:** O que levou o Sr. ver que o

carimbo era diferente? **Testemunha:** O tipo de letra do meu carimbo, a assinatura é falsa e a assinatura também. **Juíza:** O Sr. quando vai para casa leva os carimbos ou deixava no hospital? **Testemunha:** Ficam comigo (...). (Grifos no original);

4) CT Mar André Luis Lima (encarregado do IPM), que afirmou:

(...) **Juíza:** O que o Sr. sabe a respeito da apuração desses fatos? **Testemunha:** O fato surgiu quando, ao apresentar os atestados à divisão de saúde, o secretário responsável por receber esses atestados e encaminhá-los para o prontuário dos militares desconfiou e levantou a possibilidade da falsificação, pois se tratava de dois atestados do mesmo lugar e do mesmo médico e junto com o prontuário havia mais de um atestado e com assinaturas diferentes, esse servidor imediatamente fez contato com o Hospital e foi informado que não tinha havido atendimento, através desse fato, a encarregada da saúde comunicou o fato ao Comandante da Base que instaurou o inquérito. A partir desse ponto foi quando eu tomei conhecimento dos fatos e procedi com a apuração a mais que foi a oitiva com os próprios médicos, reforcei o contato com a Instituição e formalizaram essa informação através de um ofício, afirmando que não coincidiam as assinaturas, nem os carimbos e nem as datas do atendimento em relação aos dias da semana em que os médicos prestavam atendimento na Instituição. **Defesa:** O militar ao apresentar um atestado médico ele é submetido a algum tipo de inspeção médica por algum setor da Marinha para verificar se tem ou não o CID, se corresponde com a realidade dele de doença? **Testemunha:** Toda vez que a gente apresenta um atestado à divisão de saúde, existe um médico de plantão e o objetivo desse médico plantonista é socorrer algum tipo de ocorrência dentro do quartel naquele determinado dia e nos demais o atendimento ambulatorial depende da especialidade e se a causa do atestado CID for referente a alguma especialidade que não coincida com o médico que está ali naquele momento ele pode requerer ao militar que vá até o hospital para ter a opinião detalhada de um especialista e no caso dos atestados se eu não me engano, um deles apresentava dores nas costas e no prontuário do médico tinha orientação que ele se consultasse com o ortopedista, mas a homologação do atestado costuma seguir a opinião do médico que o fez porque ele teoricamente não estaria apto para o serviço. **Defesa:** O Sr. se recorda do Lucas? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** O Sr. sabe dizer se o Lucas foi submetido a esse procedimento? **Testemunha:** Não sei, eu não era o Oficial de Serviço no dia em que ele apresentou o atestado e não sou da divisão de saúde, mas acredito que nos autos deve constar informações do prontuário dos militares. **Juíza:** Efetivamente eles gozaram dessa licença de saúde? **Testemunha:** Consta no prontuário que sim (...). (Grifos no original);

5) Ten Mar Máira Dória Martinez da Costa Lino, que afirmou:

(...) **Defesa:** Mas a Sra. soube desses fatos? **Testemunha:** Não. **Defesa:** Qual a função que a Sra. desenvolvia lá? **Testemunha:** Era encarregada da divisão de saúde. **Defesa:** Embora a Sra. não estar

presente nos dias dos fatos, como é o procedimento com o militar quando ele chega com o atestado médico? **Testemunha:** Ele é encaminhado para o médico da seção de saúde para que a gente homologue e ateste a veracidade do documento. **Defesa:** Essa homologação chega a ter contato com o paciente? **Testemunha:** Sim, o paciente precisa entregar em mãos ao médico, é um procedimento médico de conversar com o paciente e ele tem o direito de homologar ou não aquele atestado. **Defesa:** A Sra. sabe informar se acontece em algum momento o profissional examinar para ver se realmente há veracidade? **Testemunha:** Sim, o médico tem essa liberdade. **Defesa:** Mas é de praxe o médico fazer isso? **Testemunha:** Fica a critério do médico. **Defesa:** Em relação aos pedidos médicos, como funciona esse atendimento, o militar ele pode utilizar os médicos disponíveis na OM ou depende da especialidade e disponibilidade? **Testemunha:** Sim, quando eu estava lá tinha médico disponível 24 horas por dia onde o atendimento é feito por demanda e se for constatada alguma necessidade de especialista esse militar é encaminhado ao Hospital Naval de Salvador onde existe os especialistas e o primeiro atendimento pode ser feito na Base Naval de Aratu. **Defesa:** Você se lembra de ter atendido algum dos militares? **Testemunha:** Talvez eles possam ter sido atendidos por mim como dentista, mas eu não me lembro porque são muitos pacientes. **Defesa:** E a Sra. como dentista só avaliava caso de suas especialidades? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Existia a obrigatoriedade do exame na hora da homologação ou isso poderia acontecer? **Testemunha:** Isso fica a critério do médico, ele tem essa autonomia de dizer qual o procedimento mais adequado a ser realizado (...). (Grifos no original).

A Defesa arrolou as seguintes testemunhas:

1) Civil Jirlândia Magno dos Santos Silva, que afirmou:

(...) **Juíza:** A Sra. conhece o Lucas Araújo Barbosa? **Testemunha:** Conheço ele desde quando ele nasceu. **Juíza:** A Sra. conhece o Willian? **Testemunha:** Não Sra. **Juíza:** A Sra. soube que ele serviu a Marinha? **Testemunha:** Sim **Defesa:** A Sra. sabe precisar a quanto tempo conhece ele? **Testemunha:** Há uns 16 anos. **Defesa:** A Sra. também conhece a família dele? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. não presenciou esses fatos que foram narrados na inicial não né? **Testemunha:** Não. **Defesa:** A Sra. conhece a Santa Casa? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. conhece o gestor da Santa Casa? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. sabe dizer ao Juízo como é o comportamento de Lucas lá na comunidade dele? **Testemunha:** Ele é um menino passivo, sempre tratou as pessoas lá na rua com educação e a gente não tem nada que possa falar sobre o comportamento dele, ele é um menino muito bom. **Defesa:** A Sra. já se consultou na Santa Casa de Misericórdia? **Testemunha:** Sim, eu tenho problema de gastrite e quando ela ataca eu sempre vou ao Hospital. **Defesa:** A Sra. Trabalha? E qual a profissão da Sra.? **Testemunha:** Sim, eu sou auxiliar de limpeza, servidora pública. **Defesa:** A Sra. já apresentou algum atestado fornecido pela Santa Casa de Misericórdia? **Testemunha:**

Sim. **Defesa:** Foi o médico que lhe deu? **Testemunha:** Não, pois eu fiquei sendo medicada e quando eu retornei ele já não se encontrava mais na sala e quem estava foi outra pessoa. **Defesa:** E quem deu esse atestado a Sra.? **Testemunha:** Foi o pessoal que faz triagem. **Defesa:** E isso é comum no hospital? As pessoas dão atestado pelo médico? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. sabe informar ao Juízo se o Lucas tem algum problema de saúde? **Testemunha:** Eu sei que ele tem um problema de garganta. **MPM:** Nesse atestado que a Sra. recebeu do Hospital, os funcionários que te entregaram assinaram no lugar do médico? **Testemunha:** Não. **MPM:** E quem assinou esse atestado? **Testemunha:** Já tem muito tempo esse atestado que eu peguei. **MPM:** Podia acontecer do atestado não ter a assinatura do médico? **Testemunha:** Sim. **MPM:** E quem assinava se não fosse o médico? **Testemunha:** A enfermeira que fazia a triagem. **MPM:** Mas ela assinava o nome dela ou pelo médico? **Testemunha:** Assinava o nome dela. **Juíza:** Nesse documento que a Sra. pegava vinha escrito atestado médico ou declaração de comparecimento médico? **Testemunha:** Uma declaração de comparecimento, pois tem dois tipos de atestado. **Juíza:** E quais são esses dois tipos que a Sra. conhece? **Testemunha:** Um de comparecimento e outro do médico. **Juíza:** Então quando a Sra. fala que a servidora assinava era o de comparecimento? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Já aconteceu de algum atestado médico ser entregue pela servidora ou pela enfermeira? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Você sabe dizer porque isso acontecia? **Testemunha:** Muitas vezes pelo fato de eu estar sendo medicada e no término da minha medicação ele estar atendendo outro paciente e as enfermeiras faziam uma triagem para ele não precisar parar o atendimento com outro paciente, ela ia diretamente a mim e eu pedia um atestado para apresentar no meu trabalho. **Defesa:** Era comum as pessoas irem lá para obter o atestado por questão de dificuldade de doença e isso já era informado para o atendimento? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Você pode me dizer como era a demanda que costumava ter esse atendimento lá no hospital da Santa Casa? **Testemunha:** Como era um médico que atendia a maioria dessas pessoas, eu não posso dizer quantas pessoas tinham lá para atendimento de urgência e emergência, mas era muita gente sempre. **Defesa:** As filas eram grandes para espera? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Normalmente era um médico só? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. se recorda quais eram os dias que o ortopedista ia para atender? **Testemunha:** Não lembro. **Defesa:** Quando a Sra. ia para pedir um especialista como ortopedista eles encaminhavam para outro local ou como era? **Testemunha:** Eu nunca me consultei com ortopedista (...). (Grifos no original);

## 2) Civil Luciana Bastos Sena, que afirmou:

(...) **Juíza:** A Sra. tem amizade com o Lucas e com o Wiliam? **Testemunha:** Eu conheço o Lucas desde criança. **Juíza:** Sobre os fatos que foram lidos na denúncia a Sra. tem o conhecimento? **Testemunha:** Não. **Defesa:** A Sra. mora na mesma comunidade do Lucas? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Onde fica essa comunidade? **Testemunha:** Em Cachoeira.

**Defesa:** A Sra. conhece a Santa Casa da Misericórdia? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Já fez algum procedimento médico lá? **Testemunha:** Sim, já fiz 4 cirurgias lá. **Defesa:** A Sra. pode dizer quais foram os tipos de cirurgia? **Testemunha:** A primeira cirurgia foi de hemorróida, a segunda foi que eu cortei para não ter mais filho e as outras duas foi de hérnia. **Defesa:** A Sra. conhece o gestor da Santa Casa? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. já precisou de atestado médico para justificar no trabalho? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** Em alguma oportunidade a Sra. já recebeu atestado da mão de terceiro na Santa Casa? **Testemunha:** Sim, foi na última cirurgia de hérnia. **Defesa:** A Sra. sabe dizer ao Juízo porque recebeu esse atestado médico da mão de terceiro? **Testemunha:** Porque quando eu recebi a alta o médico não estava lá e o pessoal me deu. **Defesa:** A Sra. sabe dizer quem assinou? **Testemunha:** Quem assinou eu não sei, mas eu recebi o atestado. **Defesa:** Então a Sra. está falando que para justificar a sua ausência no trabalho a Sra. recebia atestado da mão de terceiro? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. sabe dizer quantos médicos tem na Santa Casa? **Testemunha:** Lá é um médico por plantão. **Defesa:** A Sra. sabe informar se tem algum ortopedista lá? **Testemunha:** Não sei informar, mas na época que eu me operei eu acho que tinha mais, não me recordo da data. **Defesa:** O que a Sra. tem a dizer sobre a conduta do Lucas lá na comunidade? **Testemunha:** Eu conheço o Lucas há muito tempo e nunca tive nada contra ele, sempre teve uma boa conduta e uma boa educação. **Defesa:** A Sra. conhece o gestor da Santa Casa? **Testemunha:** Sim. **Defesa:** A Sra. sabe o nome dele? **Testemunha:** Conheço ele como Lu Cachoeira **Defesa:** Nas vezes que a Sra. foi atendida no Hospital, teve muita gente procurando atendimento de emergência por lá? **Testemunha:** Sim, é muita gente para um médico só de plantão. **Defesa:** A Sra. sabe dizer se tem ortopedista todos os dias? **Testemunha:** Não sei informar, pelo o que eu sei é um médico clínico que atende tudo. **Conselho:** Esses atestados que a Sra. recebeu da mão de terceiros e levou para o seu trabalho para justificar as faltas foi questionado alguma coisa no seu trabalho a respeito do atestado que a Sra. apresentou? **Testemunha:** Foi da cirurgia que eu fiz, pois na época eu estava trabalhando e para poder ficar em casa o tempo determinado eu tinha que levar o atestado médico. **Conselho:** E no trabalho quando a Sra. entregou ninguém questionou? **Testemunha:** Não, só fiz entregar o atestado para não perder o meu dia de trabalho (...). (Grifos no original).

O Acusado foi Qualificado e Interrogado em 8 de dezembro de 2020, tendo declarado que:

(...) **Juíza:** Os fatos relatados na denúncia procedem? **Acusado:** Não Sra. **Juíza:** A quem atribui esses fatos ocorridos, porque você levou um atestado médico para ser homologado e foi constatado que esse atestado é falso? **Acusado:** Nas datas que comparecem no atestado eu realmente compareci no Hospital e fiz a triagem com a enfermeira e ela me encaminhou para o médico e ele me passou o medicamento e eu fui para a enfermaria e fui medicado e fiquei aguardando um certo tempo por conta da medicação que eu tomei e quando eu solicitei o atestado

quem me deu foi uma Senhora que estava lá presente. **Juíza:** No dia 6 de fevereiro de 2018 você entregou um atestado para homologação, um atestado que teria sido emitido no dia 5 de fevereiro. **Acusado:** Eu liguei para o pessoal da Base informando a minha situação e eles falaram que eu teria 24 horas para fazer a homologação desse atestado, e eu estava debilitado nesse dia, no outro dia eu fui e fiz essa homologação do atestado e realmente viu que minha garganta estava inflamada. **Juíza:** O Sr. foi no Hospital Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira? **Acusado:** Sim Sra. **Juíza:** O Sr. ouviu o depoimento do médico Luiz Guilherme, o médico do Hospital? **Acusado:** Sim Sra. **Juíza:** É a assinatura dele que consta no atestado desse dia que você foi atendido e ele disse que a assinatura e o carimbo não eram dele e negou esse atendimento, essa pessoa que você disse que deu o atestado para você era do atendimento do Hospital? **Acusado:** Sim. **Juíza:** Você lembra se foi médico ou enfermeira que te atendeu e se você lembra o nome? **Acusado:** No Hospital eu lembro que foi o médico e na Base eu não lembro. **Conselho:** Quando o Sr. foi atendido pelo médico foi observado no jaleco do médico, no bolso do lado direito o nome do médico? **Acusado:** Não lembro, e de outra vez que eu fui o médico não tinha nenhuma identificação. **MPM:** Quando o Sr. esteve nessa data no Hospital São João de Deus, qual era a sua queixa em termo de saúde? **Acusado:** Eu não me lembro o motivo porque eu compareci no Hospital, porque eu já tinha comparecido no Hospital com vários problemas como respiratórios e na garganta. **MPM:** Em fevereiro de 2018? **Acusado:** Eu não me lembro qual foi o problema que eu apareci lá nessa data **MPM:** Você tem muito problema de saúde? **Acusado:** Eu tenho problemas na garganta desde pequeno e a questão respiratória eu tenho, mas não tenho nada comprovado que eu tenho esse problema. **MPM:** No ano de 2018 você obteve muito atestado para ser dispensado do serviço? **Acusado:** Não me lembro, mas eu fui algumas vezes. **MPM:** Você não se lembra quantas vezes em média você foi ao Hospital São João de Deus, você não lembra as queixas que tinha em fevereiro de 2018? **Acusado:** Não lembro. **Defesa:** Era um procedimento padrão de quando chegar com atestado ser homologado no serviço médico da Base? **Acusado:** Sim procedimento de rotina. **Defesa:** Quando o Sr. leva esse atestado é submetido a algum exame? **Acusado:** Nunca me passaram exames. **Defesa:** Mas foi feito avaliação física na sua garganta? **Acusado:** Sim. **Defesa:** Como você descreve o atendimento e a quantidade de pessoas para serem atendidas nas vezes que o Sr. compareceu lá? **Acusado:** Aqui no interior a demanda de paciente é muito grande, é apenas um médico para atender essas pessoas. **Defesa:** Quando você chega no Hospital tem uma espera muito demorada? **Acusado:** Demora, pois é apenas um médico e às vezes está em atendimento. **Defesa:** Todas as vezes que o Sr. apresentou um atestado civil para o serviço médico de saúde da Base, você em seguida se submeteu a avaliação médica da Base para confirmar o seu problema? **Acusado:** Sim, pois o que me passaram é que todo atestado pego no civil é obrigatório a gente fazer essa homologação mesmo estando hospitalizado ou em qualquer outra situação. **Defesa:** Você consegue imaginar o que

poderia ter acontecido dentro da dinâmica do Hospital para que esse atestado não verídico pudesse ter sido entregue a você e o que consta que foi entregue ao outro réu também? **Acusado:** Eu não posso dizer porque eu não sei qual é a maneira deles trabalharem no Hospital. **Defesa:** O Sr. tinha conhecimento dos dias e horários dos dias que os médicos trabalhavam? **Acusado:** Não Sr. **Defesa:** Você já teve acesso a carimbo de médicos? **Acusado:** Não Sr. eu nem sei onde é produzido. **Juíza:** Esse atendimento que você teve em Cachoeira foi particular ou pelo SUS? **Acusado:** Pelo SUS (...). (Grifos no original).

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM nada requereu. Já a Defesa “(...) solicitou que seja requerido à Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira cópia dos registros de atendimentos médicos do sr. Lucas no ano de 2018. Os requerimentos foram deferidos (...)”.

Em Alegações Escritas, na fase do art. 428 do Código de Processo Penal Militar, o MPM reiterou o pedido contido na Inicial Acusatória, requerendo a condenação do Acusado, nos exatos termos da Denúncia.

A Defesa, por sua vez, também em Alegações Escritas, pugnou pela absolvição do Acusado “(...) pela ausência de provas de que esta concorreu para a prática do crime, nos termos do art. 386, V, do CPP. Caso não seja este o entendimento, que seja absolvido por não existir prova suficiente para a condenação, com base no art. 386, VII, do CPP (...)”.

Em 15 de março de 2021, o Conselho Permanente para a Marinha da Auditoria da 6ª CJM, por maioria de votos (4 x 1), condenou o Acusado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, como incurso no artigo 315, c/c os arts. 311 e 58, todos do Código Penal Militar, e com o art. 71 do Código Penal comum, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o regime prisional inicialmente aberto e o direito de apelar em liberdade.

A Sentença foi disponibilizada no sistema e-Proc/JMU no dia 16 de março de 2021, tendo sido certificado o trânsito em julgado para o Ministério Público Militar em 23 de março de 2021.

Antes mesmo de ser intimada do *decisum* condenatório, a Defesa do Acusado interpôs, tempestivamente, o presente Recurso de Apelação em 15 de março de 2021, o qual foi recebido pela Juíza Federal da Justiça Militar da Auditoria da 6ª CJM em 29 de março de 2021.

Tendo sido constatado que a Defesa deixou de juntar as Razões de Apelação, este Relator proferiu Despacho em 4 de maio de 2021 determinando que fossem “(...) procedidas as diligências necessárias junto à Defesa do Acusado para a efetiva apresentação das Razões recursais, após o que, deve ser instado a se manifestar o Órgão ministerial para a eventual apresentação das Contrarrazões, se for do seu interesse (...)”.

Em consequência, a Defesa constituída apresentou as Razões recursais nas quais requereu a absolvição do Acusado por entender inexistir “(...) prova segura, escoreita e idônea a referendar e sedimentar a sentença (...)”, argumentando, para tanto, que:

(...) persiste:

a) A evidente desorganização do órgão no atendimento ao público, depois de comprovado nos depoimentos das testemunhas que, quando o médico se encontra no descanso, não são incomodados e, muitas vezes, os atestados médicos são fornecidos pelas atendentes;

b) O apelante jamais teve acesso a qualquer material, a exemplo de carimbo, folheto impresso com a marca da Santa Casa de Misericórdia, até mesmo dados pessoais dos médicos para produzir atestado;

c) Não ficou provado nos autos que o apelante tinha prévio conhecimento que se tratava de atestado com assinatura que não era do médico, até porque não detinha qualquer informação ou documento pessoal do médico;

d) Não ficou provado nos autos que o apelante agiu com dolo ao entregar os dois atestados, por duas oportunidades, considerando, ainda, o fato de ter sido nas mesmas oportunidades submetido ao serviço médico da corporação, os quais constataram as lesões que lhe incapacitou temporariamente para o trabalho no período apontado nos atestados médicos. Tanto é verdadeiro que um dos Juízes do Conselho Permanente de Justiça da Marinha opinou pela absolvição, arguindo o princípio do *in dubio pro reo*, demonstrando que não tinha prova suficiente para a condenação.

(...)

12. Não há controvérsia nos autos acerca da assinatura, o médico negou ser da sua autoria, contudo, não há nos autos perícia para comprovar tal assertiva ou qualquer prova de autoria do crime supracitado que recaia sobre o Apelante.

13. Os militares que apuraram os fatos relataram, na fase inquisitiva e em juízo, que, no instante da apresentação do atestado médico, não perceberam qualquer irregularidade.

14. Com efeito, apesar de se trabalhar com a premissa de que a assinatura não era do médico, a instrução criminal não foi capaz de esclarecer a controvérsia a respeito da autenticidade do documento, a exemplo de que quem praticou a falsificação, se o apelante era sabedor que a assinatura não era do médico e se alguém na Santa Casa estava assinando pelo médico.

15. Mas não é só isso, o apelante não tinha necessidade de uso de atestado falso para ser liberado do exercício da atividade de militar, até porque o militar que necessita se afastar temporariamente por doença, é

submetido a exame físico para verificar a lesão, ficando a critério do serviço médico da corporação homologar ou não o afastamento.

16. Deste modo, torna-se imperiosa a decretação de preceito absolutório ao Apelante, uma vez que insuficientes e evadidos de suspeição os elementos probatórios acostados aos autos, autorizando a ABSOLVIÇÃO do Apelante (...)."

Em Contrarrazões, o *Parquet* Castrense manifestou-se pelo "(...) desprovemento do Recurso de Apelação da defesa, com a manutenção *in totum* da Sentença que condenou Lucas Araújo Barbosa (...)", sustentando que:

(...) LUCAS ARAÚJO BARBOSA apresentou dois atestados médicos falsos à Administração Militar e efetivamente gozou das folgas concedidas (...) A materialidade delitiva encontra-se consubstanciada no ofício encaminhado pelo Hospital Casa de Misericórdia (fls. 234 do IPM), bem como nos depoimentos prestados pelos médicos e pelo Gestor daquela Unidade de Saúde. Ademais, não consta registro de atendimento dos acusados no Hospital de Cachoeira (...).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. Claudio Roberto de Bortolli, manifestou-se pelo:

(...) conhecimento do presente Recurso de Apelação e, no mérito, pelo desprovemento do recurso, a fim de que seja mantida, em todos os seus contornos, a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 7000066-18.2019.7.06.0006/BA, que ditou a condenação do ex-Marinheiro Naval Lucas Araújo Barbosa (...).

O eminente Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

## VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso foram satisfeitos, razão pela qual merece ser conhecido.

Insurge-se a Defesa constituída contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 6ª CJM, de 16 de março de 2021, que, por maioria de votos (4x1), condenou o ex-MN LUCAS ARAÚJO BARBOSA, à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, como incurso no artigo 315, c/c os arts. 311 e 58, todos do Código Penal Militar, e com o art. 71 do Código Penal comum, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em suas Razões, a Defesa requereu a absolvição do Acusado, sustentando para tanto a "(...) ausência de prova de sua autoria, nem tampouco de que tinha conhecimento de que a assinatura no atestado não era do

médico, porquanto não há elementos probatórios robustos e suficientes para amparar um decreto condenatório (...)".

Não assiste razão à Defesa, porquanto comprovadas a autoria, a materialidade e a culpabilidade na conduta do Acusado.

O tipo penal no qual o Acusado foi incursionado, uso de documento falso, é assim definido por Enio Luiz Rossetto (*Código Penal Militar Comentado*. Parte Especial. Revista dos Tribunais. 2012. pp. 1.074/1.075):

(...) Fazer uso significa empregar, utilizar ou aplicar. O "uso é o emprego do documento falso para a finalidade a que é destinado o verdadeiro pelo qual ele se passa, porquanto se deve ter em conta, para a compreensão da ideia de uso do documento, a relação entre o documento e sua finalidade probatória". É necessário o uso efetivo (...). (Grifos nossos).

Ao descrever os aspectos objetivos do referido tipo penal, Guilherme de Souza Nucci afirma que (*Código Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. p. 479):

(...) O objeto das condutas é o fato ou circunstância. Fato é um acontecimento ou uma ocorrência; circunstância é a situação, condição ou estado que envolve alguém ou algo. Conforme demonstra o tipo penal, torna-se indispensável que o fato ou a circunstância seja apto para levar alguém a obter cargo público, isenção de ônus, serviço de caráter público ou outra vantagem (...). (Grifo nosso).

Nesse contexto, para a configuração da figura típica do uso de documento falso, basta a simples utilização do documento como se ele fosse autêntico, envolvendo uma situação juridicamente relevante, fato que restou devidamente comprovado nos presentes autos.

Quanto à autoria, embora o Acusado, em Juízo, tenha declarado que não procedem os fatos relatados na Denúncia, os elementos de prova carreados ao longo da instrução processual permitem concluir que o Réu fez o uso de atestados médicos falsos, não existindo qualquer indício de que os referidos atestados foram fornecidos por qualquer médico ou funcionário da Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira.

Vale dizer que, no caso dos autos, os atestados foram, inclusive, homologados na Unidade Militar, circunstância determinante para a dispensa do Acusado do serviço durante o período assinalado no documento apresentado.

Não bastasse isso, testemunhas ouvidas em Juízo, aí incluídos os próprios médicos que teriam subscrito os Atestados apresentados perante a Administração Militar, confirmaram em seus depoimentos a conduta delituosa perpetrada pelo Réu, sendo oportuna a transcrição dos seguintes excertos:

1) Médico Dr. Emmanuel Luiz Machado Costa, que afirmou:

(...) **Juíza:** E os atestados que eles apresentaram que continham a sua assinatura, conferiam? **Testemunha:** Não era a minha assinatura e nem o carimbo era o meu (...) **Juíza:** O Sr. se recorda se algum desses militares foram atendidos nesse Hospital? **Testemunha:** Não me lembro de ter atendido nenhum militar. (...) **MPM:** É possível naquele Hospital uma pessoa ser atendida pelo médico e não constar o registro desse atendimento? **Testemunha:** Não, pois quando a pessoa apresenta o documento é feito a ficha no computador e fica registrado no sistema (...). (Grifos no original);

2) Civil Luiz Antônio Costa Araújo, que afirmou:

(...) **Juíza:** O Sr. é provedor da Santa Casa de Misericórdia é isso? **Testemunha:** Sim. (...) **Testemunha:** Lá atende a população como um todo e tem um sistema de informação obrigatório no Hospital que registra todos os procedimentos, desde a recepção até o processo final de qualquer paciente. **Juíza:** Como foi emergência a pessoa precisa chegar lá e se identificar né isso? **Testemunha:** Se identifica e é feito um registro (...) o primeiro registro é na recepção e aguarda a classificação de risco e a classificação de risco determina o tipo de atendimento que vai para o médico, a partir daí é toda orientação de diagnóstico que cada profissional faz. **Juíza:** E tudo isso é registrado eletronicamente ou fisicamente? **Testemunha:** Eletronicamente, todo sistema de saúde municipal e federal está tudo registrado. (...) **MPM:** Pode se afirmar que não é possível uma pessoa ser atendida e ficar sem registro? **Testemunha:** Não, é obrigatório se dirigir a recepção para iniciar o atendimento (...). (Grifos no original);

3) Médico Dr. Luiz Guilherme Santos da Costa, que afirmou:

(...) **Juíza:** O que o Sr. pode dizer a respeito dessa assinatura do Sr. que consta nos atestados? **Testemunha:** Esses atestados não conferem com a minha assinatura e nem o carimbo, falsificaram até o carimbo e eu sempre fico no hospital de Cachoeira e esses rapazes nunca foram atendidos por mim no Hospital de Cachoeira e não tem histórico nenhum de atendimento desses rapazes comigo lá no Hospital de Cachoeira, o carimbo é falso e assinatura é falsa. (...) inclusive a data que consta nesse atestado eu nem estava atendendo lá pois não era o meu dia de trabalho (...). (Grifos no original).

Quanto à materialidade, instada a se manifestar sobre os Atestados Médicos apresentados pelo Réu, a Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira/BA consignou no Ofício nº 32/2018, de 20 de março de 2018, que os documentos citados não teriam sido emitidos por aquele estabelecimento hospitalar, nos seguintes termos:

(...) Os registros de atendimentos são realizados na recepção do ambulatório deste Nosocômio, através de sistema informatizado (...) sistema esse altamente eficiente na base de dados (...) não houve atendimentos dos pacientes nos dias que constam nos referidos atestados,

uma vez que são dias em que não há atendimento desses profissionais nesta Instituição (...) não havendo chance destes atendimentos serem feitos por esses profissionais (...) Não são reconhecidos os atendimentos pelos médicos mencionados bem como a assinatura dos profissionais diferem totalmente das assinaturas dos mesmos. Nota-se também que as assinaturas tendo o mesmo profissional nos supostos atendimentos, diferem de forma acintosa de atestado para atestado (...). (Grifo nosso).

Nesse contexto, o delito de uso de documento falso foi consumado quando da apresentação dos citados Atestados Médicos perante a Administração Militar, o que permitiu, conforme destacado anteriormente, a dispensa do serviço do Acusado.

Afinal, trata-se de “(...) crime formal que independe de demonstração de lesividade à Administração Militar, ou seja, não há o resultado naturalístico previsto no tipo, devido à séria violação à fé pública (...). (Grifo nosso) (Apelação nº 7000271-33.2019.7.00.0000, Relator: Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, DJe: 13/08/2019).

Ainda quanto à prova da materialidade, a despeito de não ter havido perícia nos documentos apresentados pelo Acusado, a doutrina e a jurisprudência dos Pretórios firmaram entendimento no sentido de que a prova pericial não é o único meio apto a demonstrar a falsidade do documento, podendo ser suprida por qualquer outro meio idôneo.

Vale dizer que, embora imprescindível nos crimes que deixam vestígios, conforme disposto no art. 328 do Código de Processo Penal Militar, o exame pericial pode ser suprido por outros elementos probatórios existentes nos autos. Assim, no delito de uso de documento falso, a identificação da materialidade delitiva prescinde da realização de exame pericial quando a falsidade pode ser constatada por outros meios idôneos de prova que, mesmo colhidos na fase inquisitorial, além de não terem sido infirmados pelos demais elementos colhidos durante a instrução processual, estariam sujeitos a eventual questionamento no chamado contraditório diferido.

Corroborando esse entendimento a reiterada jurisprudência desta Corte Castrense:

Apelação nº 7000874-43.2018.7.00.0000 (DJe: 23/12/2019)

Relator: Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. USO DE DOCUMENTO FALSO. PRELIMINARES DEFENSIVAS. INCOMPETÊNCIA DA JMU PARA JULGAR CIVIS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DE CIVIS PELO JUIZ FEDERAL. LICENCIAMENTO DO MILITAR. PERDA DA CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. REJEITADAS. UNANIMIDADE. MÉRITO. CRIME FORMAL. ARCABOUÇO PROBATÓRIO SUFICIENTE. EXAME PERICIAL. AUSÊNCIA SUPRIDA. APELO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

4. Mérito. O crime de uso de documento falso, previsto no art. 315 do CPM, caracteriza-se por ser um crime formal, ou seja, não necessita de resultado naturalístico para a sua consumação. O agente, ao fazer o uso do documento falso, pratica o delito em comento, independentemente de obter ou não proveito com os certificados falsos.

5. Nos delitos de falso, o exame pericial é um dos elementos que o magistrado tem por dever observar durante a formação do seu convencimento. Contudo, à luz do art. 328 do CPPM, quando não for possível a sua realização, a ausência deve ser suprida pela análise dos demais elementos aptos a ensejar a convicção do juízo, tais como prova documental ou testemunhal.

Apelo desprovido. Decisão unânime. (Grifos nossos).

Apelação nº 7000882-20.2018.7.00.0000 (DJe: 28/06/2019)

Relator: Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

EMENTA: APELAÇÃO. USO DE DOCUMENTO FALSO. FALSIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE PERÍCIA DOCUMENTAL. POSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS.

(...)

II - Razão assiste ao Ministério Público quando defende que a perícia não é o único meio de prova para se comprovar a falsidade documental. Pode-se utilizar o exame de corpo de delito indireto ou o testemunho.

III - O laudo pericial é um meio endoprocessual de prova (mezzi di prova), ou seja, é um instrumento que conduz a um elemento probatório, cujo resultado é de valoração do magistrado. Assim, a conclusão de um perito sobre determinada matéria é um dos diversos elementos de prova a ser objeto de análise do julgador.

(...)

V - Apelo desprovido. Decisão unânime. (Grifos nossos).

Quanto à culpabilidade, tratando-se de “(...) juízo de valor (de reprovação) que recai sobre o agente do crime que podia se motivar de acordo com a norma e agir de modo diverso (conforme o Direito) (...)” (Luiz Flávio Gomes. *Direito Penal*: parte geral, v. 2. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. p. 545), é elevada a reprovabilidade da conduta de quem utiliza atestado médico falso, para conseguir indevidamente dispensa de serviço, atentando o fato contra a Administração Castrense.

*In casu*, o Acusado era imputável, com potencial consciência da ilicitude do fato, dele sendo exigida conduta diversa.

Portanto, considerando que a conduta perpetrada pelo Acusado encontra perfeita adequação ao tipo penal incriminador descrito no art. 315 do Código Penal Militar e que, para a sua caracterização, torna-se “(...) imprescindível que o documento seja falso; que a adulteração seja capaz de iludir o seu destinatário; e que o usuário tenha plena consciência da ausência de veracidade do documento (...)” (Apelação nº 12-08.2016.7.11.0211/DF, Relator: Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, DJe: 28/06/2017), não merece reparo a Sentença de primeiro grau, que assim fundamentou a condenação:

(...) A conduta perpetrada pelos acusados LUCAS ARAÚJO BARBOSA e WILLIAN SILVA DOS SANTOS amolda-se perfeitamente ao tipo penal do artigo 315 do Código Penal Militar c/c o artigo 71 do Código Penal. O crime de uso de documento falso é crime formal instantâneo, portanto, não necessita de resultado naturalístico como, por exemplo, que haja algum prejuízo real e concreto para a Administração Pública para que seja configurado.

Contudo, no caso *sub examine*, houve prejuízo para Administração Militar, uma vez que os acusados gozaram de licença médica (evento 37, itens 3 e 4; evento 60, itens 2 e 3 e evento 72, item 1 do IPM nº 0000038-09.2018.7.06.0006), sem terem o legítimo direito à referida licença.

(...)

Compulsando-se os autos, verifica-se que a instrução probatória foi suficiente para comprovar a materialidade e autoria do delito imputado aos acusados. A materialidade e autoria estão demonstradas documentalmente por meio dos atestados médicos apresentados pelos acusados (evento 1, item 2, fls. 5/10 e fls. 23/28 e evento 67, item 2 do IPM nº 0000038-09.2018.7.06.0006), ofícios respondidos pelo Hospital São João de Deus prestando esclarecimentos (evento 107, item 1 do IPM nº 0000038-09.2018.7.06.0006), documento comprovando a assinatura original dos médicos constantes nos atestados (evento 27, itens 2, 3, 5, 6 e evento 37, itens 5 e 6 do IPM nº 0000038-09.2018.7.06.0006), bem como pela prova testemunhal arrolada pelo MPM. Da análise dos atestados apresentados pelos acusados, verifica-se que é visível a diferença das assinaturas constantes nos mesmos, com as assinaturas originais juntadas pelo Dr. EMMANUEL LUIZ MACHADO COSTA (evento 27, itens 2 e 3 e evento 37, item 5 do IPM nº 0000038-09.2018.7.06.0006) e pelo Dr. LUIZ GUILHERME SANTOS DA COSTA (evento 27, itens 5 e 6 e evento 37, item 6 do IPM nº 0000038-09.2018.7.06.0006), ficando cabalmente comprovado que as assinaturas dos referidos médicos foram falsificadas.

(...)

Verifica-se que os depoimentos foram uníssonos no sentido de que os atestados médicos apresentados pelos acusados são falsos, tanto por que não consta no sistema do Hospital São João de Deus o atendimento

aos militares nos referidos dias, quanto por que as assinaturas constantes nos atestados e os carimbos também são falsos.

Comprovada a prática delituosa, passo ao enfrentamento da tese defensiva, relativa à ausência de prova apta a comprovar a autoria delitiva.

Os argumentos não merecem acolhida, pois lastreados no pressuposto segundo o qual o Acusado teria sido atendido na Santa Casa de Misericórdia de Cachoeira-BA, o que foi desmentido, não só pelo referido Hospital, como pelos próprios médicos que teriam subscrito os Atestados Falsos.

Nesse contexto, não apresenta qualquer verossimilhança a alegação prestada pelo Acusado em Juízo dando conta de que “(...) realmente compareci no Hospital e fiz a triagem com a enfermeira e ela me encaminhou para o médico e ele me passou o medicamento (...)”.

As provas carreadas ao longo da instrução processual, portanto, são absolutamente robustas e consistentes, aptas a demonstrar o delito de uso de documento falso.

Conforme ressaltou o *Custos Legis*:

(...) as provas dos autos corroboram suficientemente a assertiva constante da exordial acusatória, no sentido de que o então Marinheiro Naval Lucas Araújo Barbosa, de maneira livre e consciente, utilizou atestados médicos falsos perante a Administração Militar, obtendo indevidas dispensas do serviço, praticando, por duas vezes, em continuidade delitiva, o delito previsto no art. 315, c/c art. 311, ambos do CPM (uso de documento falso (...)).

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo defensivo, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, 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, 29 de novembro a 2 de dezembro de 2021 – Ten Brig Ar Carlos Vuy de Aquino, Ministro-Relator.

---

---

**APELAÇÃO Nº 7000375-54.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

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

Apelante: Jardel Carlos Rocha Campos.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ABANDONO DE POSTO (ART. 195 DO CPM). PRELIMINAR. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95. ENUNCIADO Nº 9 DA SÚMULA DO STM. REJEIÇÃO. PRELIMINAR. DECISÃO UNÂNIME. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. ELEMENTOS NORMATIVOS DO TIPO. CARACTERIZAÇÃO. DOLO. AUSÊNCIA VOLUNTÁRIA AO QUARTEL. TESE DE ATIPICIDADE MATERIAL DO FATO. AUSÊNCIA DE DANO. NÃO ACOLHIMENTO. PREJUÍZO PRESUMIDO AO SERVIÇO MILITAR. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. NÃO APLICAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. APELO DEFENSIVO. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

A par da reiterada jurisprudência firmada nesta justiça especializada, os institutos jurídicos contidos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, não têm alcance nas ações penais em curso na Justiça Militar da União, ante a especialidade de seu ordenamento normativo. Enunciado nº 9 da Súmula do STM. Preliminar rejeitada por unanimidade.

O instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não tem aplicação no âmbito da Justiça Militar, em face da legislação processual militar não ter sido contemplada, nesse tópico específico, pela Lei nº 13.964/2019, que acrescentou o art. 28-A ao CPP comum. Precedentes do STM. Preliminar rejeitada por unanimidade.

Incorre no delito de abandono de posto o militar que, embora autorizado a se deslocar no interior da Organização Militar conduzindo viatura, age com menoscabo ao dever militar e ausenta-se do quartel à revelia de autorização prévia de superior.

Para que se aperfeiçoe o ilícito penal previsto no art. 195 do CPM, basta a criação de uma situação de risco potencial para a segurança do aquartelamento. Não é necessário que ocorra dano efetivo.

Tratando-se do crime de abandono de posto, inviável a absolvição com base na tese da bagatela imprópria, porque a

tipicidade do comportamento se deduz do desvalor da conduta que atinge bens jurídicos de relevo para a vida militar, caracterizando grave ofensa para a regularidade da Administração Militar. Precedentes do STM.

Apelo defensivo desprovido por unanimidade.

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Giovanni Rattacaso, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar defensiva visando à aplicação da suspensão condicional do processo, estampada no art. 89 da Lei nº 9.099/95, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar defensiva de nulidade da Sentença por ausência de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, por falta de amparo legal. No mérito, **por unanimidade**, conheceu do recurso defensivo e negou provimento, para manter *in totum* a r. Sentença impugnada, nos termos do voto do Relator Ministro Francisco Joseli Parente Camelo.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) fará declaração de voto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 7/10/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União em favor do ex-S2 **JARDEL CARLOS ROCHA CAMPOS**, condenado, por unanimidade, pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar pela prática do delito previsto no art. 195 do Código Penal Militar (abandono de posto), à pena de 3 (três) meses de detenção, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, com o benefício *de sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de recorrer em liberdade.

Narra a inicial acusatória, *in verbis*:

(...) dando-os como incurso no art. 195 do CPM, em razão dos fatos abaixo descritos.

Consoante narrado no IPM em epígrafe, os denunciados, no dia 15/01/2019, estavam de serviço no Destacamento de Controle Aéreo e Tráfego Aéreo de Santa Teresa, no Espírito Santo (evento 9).

Restou apurado que, por volta das 19 horas e 30 minutos, o motorista de dia, S2 JARDEL, sem a autorização do Permanência-de-Dia

do DTCEA-STA (3S LUIZ FELIPE REINER ALVES), ausentou-se do quartel, utilizando-se de uma viatura militar, oportunidade em que se dirigiu ao bairro de nome Aparecidinha, distante 4 km da OM, com a finalidade de comprar oito garrafas de um litro de cerveja, para serem consumidas, durante o serviço, pelos denunciados, juntamente com o S2 THIAGO RODRIGUES FIRME.

Após o consumo de toda a cerveja, o S2 JARDEL, mais uma vez, saiu da OM, sem autorização, utilizando viatura militar, desta feita, acompanhado pelo S2 CARLOS, para comprar alimentos e devolver as garrafas de cervejas vazias. Em virtude de o comércio local estar fechado, os militares em questão retornaram, em seguida, ao destacamento militar.

Por volta das 23 horas, o S2 JARDEL tornou a sair, em viatura militar, de forma desautorizada, da OM, na companhia do S2 WILLIAM RODRIGUES, com destino a uma festa na casa do S2 KRUGEL, na cidade de Santa Teresa, distante 12 KM, do seu local de serviço. Retornaram ao Destacamento, por volta de 4 horas, do dia 16 de janeiro de 2019.

Verifica-se, assim, que os denunciados, de forma livre e consciente, praticaram os fatos ilícitos capitulados no exórdio, razão pela qual, recebida a presente, deverão responder ao processo, até final condenação, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas.

A denúncia foi formulada com base no inquérito policial militar (IPM) nº 7000409-67.2019.7.01.0001, cujos documentos são partes integrantes do apenso, entre os quais cumpre destacar:

- Ofício nº 46/SCMD\_SIJ/41455, do qual consta a escala de serviço de janeiro de 2019 (evento 9 do IPM);

- Normas Padrão de Ação (NPA) nº 907/DTCEA-STA/14 e nº 908/DTCEA-STA/14<sup>o</sup>, as quais regulamentam os serviços de motorista-de-dia e de sentinela-de-dia, respectivamente (evento 14, arqs. 3 e 4, do IPM);

- Escala de serviço para o dia 15 de janeiro de 2019, com o respectivo armamento portado pelos militares (evento 14, arq. 5, do IPM); e

- Boletim interno ostensivo nº 233, de 5 de dezembro de 2018, autorizando o Recorrente a conduzir viaturas oficiais do DTCEA-STA (evento 32, arq. 4, do IPM).

A exordial acusatória foi recebida em 24 de janeiro de 2020, conforme o evento 1, arq. 2, da Ação Penal Militar (APM) nº 7000066-37.2020.7.01.0001.

O Ofício nº 2/DTCEA-STA informou o desligamento do ex-militar ora processado em 28 de fevereiro de 2019 (evento 26 da APM).

O Apelante foi regularmente citado (evento 39 da APM).

Foram ouvidas como testemunhas, no curso da instrução processual, o 1S HIGOR MARQUES DA SILVA, o 2S DANIEL FERREIRA PEIXOTO, o 3S LUIZ

FELLIPE REINER ALVES, o S2 HUGO KRUGEL RAMOS, o S2 THIAGO RODRIGUES FIRME, o S2 ISAC MONTEIRO (evento 198 da APM) e o Sargento RODRIGO DE SOUZA ALVES (evento 221 da APM).

O Recorrente foi qualificado e interrogado, confirmando a versão narrada na denúncia. Disse que era o motorista-de-dia, cuja atribuição era buscar a equipe de serviço e levar a rendição até o outro quartel. Afirmou que, no dia do fato, a chave do veículo estava na viatura. Aduziu ter saído pela primeira vez com o S2 T. RODRIGUES, em direção ao bairro de Aparecidinha/ES, a fim de comprar alimento e cerveja (oito garrafas de um litro), consumindo-os no quartel. Novamente saiu da OM rumo ao citado bairro para devolver os cascos da bebida, posteriormente retornando ao destacamento. Disse que permaneceu com fome e confirmou ter ido à casa do S2 KRUGEL acompanhado do acusado WILLIAM RODRIGUES, por volta de 23h00, com a intenção de adquirir pizzas. Pontuou que deixaram a residência do Soldado e circularam por Santa Teresa/ES ainda em busca de alimento, porém os estabelecimentos estavam fechados, então foram até um posto de combustível situado no Município de Fundão/ES. Por fim, disse que retornaram para a OM por volta de 03h30, bem como relatou que não teve autorização para sair do quartel (evento 221 da APM).

Não houve requerimentos na fase do art. 427 do Código de Processo Penal Militar.

O MPM ratificou os termos da denúncia e pugnou pela condenação do Apelante como incurso no art. 195 (abandono de posto) e no art. 241 (furto de uso), ambos do CPM, por estarem configuradas a autoria e a materialidade delitivas (evento 242 da APM).

A Defensoria Pública da União requereu, preliminarmente, a intimação do *Parquet* das Armas para que se manifestasse a respeito do oferecimento de suspensão condicional do processo, conforme art. 89 da Lei nº 9.099/95. Solicitou, ainda, a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, com fulcro no art. 28-A do Código de Processo Penal comum. No mérito, pleiteou a absolvição com base na atipicidade da conduta, merecendo o fato ficar restrito ao âmbito disciplinar. Subsidiariamente, sobrevinda a condenação, requereu a incidência da atenuante relativa à confissão (art. 72, inciso III, alínea “d”, do CPM) - evento 270 da APM.

Em Sessão de Julgamento, ocorrida no dia 23 de março de 2021, o Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o ex-S2 JARDEL CARLOS ROCHA CAMPOS, como incurso no art. 195 do CPM, à pena de 3 (três) meses de detenção, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, com o direito de recorrer em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto (eventos 278 e 279 da APM).

A Sentença transitou em julgado para o MPM em 11 de maio de 2021 (evento 296 da APM).

A Defensoria Pública da União foi intimada em 4 de maio de 2021, ao passo que foi interposto, tempestivamente, o recurso de Apelação no dia 12 imediatamente posterior (eventos 293 e 295 da APM).

Em suas Razões, requer, preliminarmente, a aplicação da suspensão condicional do processo, conforme art. 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, sob o argumento de tratar-se de Apelante civil (ex-militar), logo, não submetido ao regime da caserna e aos rigores dos seus princípios norteadores de hierarquia e de disciplina. Afirma ser direito subjetivo do Recorrente a incidência do benefício pleiteado, bem como aduz ser inconstitucional a vedação contida no art. 90-A da referida lei, no que tange aos acusados civis, sob o fundamento de violação à isonomia. Ademais, pleiteia a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal ao Apelante, nos termos do art. 28-A do CPP comum, sob pena de inobservância à isonomia.

Quanto ao mérito, busca a absolvição do Recorrente com fulcro na atipicidade da conduta e no princípio da fragmentariedade do Direito Penal, devendo o fato ser tratado como mera contravenção disciplinar, visto que do comportamento do Apelante não resultou alteração significativa no serviço; ou a absolvição pelo princípio da bagatela imprópria, considerando tratar-se de réu primário, sem antecedentes e que confessou os fatos. Por fim, subsistindo a condenação, pede o reconhecimento da atenuante de pena atinente à confissão, prevista no art. 72, inciso III, alínea “d”, do CPM (evento 1, arq. 7).

Em suas Contrarrazões, o *Parquet* das Armas salientou que a sentença prolatada está em franca sintonia com a legislação nacional e com a consolidada jurisprudência pátria. Assim, preconizou que seja negado provimento ao Apelo defensivo, mantendo-se integralmente a sentença condenatória em todos os seus termos (evento 1, arq. 8).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em parecer lavrado pelo insigne Subprocurador-Geral Dr. Cezar Luís Rangel Coutinho, manifestou-se pelo conhecimento do Recurso e pelo seu desprovimento, com a consequente manutenção do édito condenatório por seus próprios fundamentos (evento 6).

A eminente Ministra-Revisora teve vista dos autos.

É o Relatório.

## VOTO

### **I - DA PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95):**

Submeto à apreciação da Corte, nos termos do art. 81, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal, preliminar de aplicação da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

A Defensoria Pública da União pugna pela aplicação do referido benefício, alegando que o art. 90-A da citada norma deve incidir tão somente nos crimes militares praticados por militares, uma vez que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina.

Não assiste razão à Defesa.

O legislador constituinte quis incumbir a esta Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, ou seja, estabeleceu a competência em razão da matéria. Nesse ínterim, quando se trata de crime militar, previsto na legislação penal castrense, atrai-se a competência para esta Justiça Especializada, independentemente da condição do agente, se civil ou militar. Assim, ignorar o art. 90-A da Lei nº 9.099/95 em face da condição do Apelante é querer ir além do espírito da lei, vez que não foi dado tratamento diferenciado ao civil.

Acerca da alegada inconstitucionalidade do dispositivo anteriormente mencionado, essa questão também já foi objeto de apreciação por parte da Suprema Corte Federal. Vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. CIVIL ACUSADO DE CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. **INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CONSTITUCIONALIDADE.** 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar civil acusado de desacato e desobediência praticados contra militar das Forças Armadas no “desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública” (art. 9º, III, d, CPM). Precedente da Primeira Turma: HC 115.671, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio; 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 90-A da Lei na 9.099/95, com a redação dada pela Lei na 9.839/99. Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Militar.** 3. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 113128, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julg. 10/12/2013). (Grifo nosso).

Assim, os argumentos trazidos pela defesa são insuficientes para justificar a suspensão condicional do processo com apoio na Lei nº 9.099/95.

Esta Corte, inclusive, já assentou o entendimento de que não é cabível a aplicação da Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar da União e editou o Enunciado nº 9 de sua Súmula de jurisprudência, *in verbis*: “A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União”.

Ante o exposto, rejeito a preliminar defensiva visando à aplicação da suspensão condicional do processo, estampada no art. 89 da Lei nº 9.099/95, por falta de amparo legal.

## II - DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ANTE O NÃO OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP):

No tocante ao pleito para celebrar Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), com arrimo no princípio da isonomia, vale considerar que esse instituto não tem aplicação no âmbito da Justiça Militar, em face da legislação Adjetiva Castrense não ter sido contemplada, nesse tópico específico, pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que acrescentou o art. 28-A ao CPP comum.

Este Superior Tribunal Militar já firmou entendimento pela sua inaplicabilidade, conforme o julgamento da Apelação nº 7000618-32.2020.7.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI, publicado no DJe em 9 de junho 2021, *in litteris*:

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 ASSEHORAR-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.** (Grifo nosso).

Importante citar um trecho do voto do eminente Ministro Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO, quando a Corte enfrentou tal tema por ocasião do julgamento da Apelação nº 7001106-21.2019.7.00.0000, da qual foi Relator:

(...) O alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob pena de violação ao Princípio da Especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense. Somente a falta de um regramento específico possibilita a aplicação subsidiária da legislação comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles (...).

Ainda nesse sentido, trago à baila a Apelação nº 7000501-41.2020.7.00.0000<sup>176</sup>, de relatoria do eminente Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, de cuja ementa se extrai o fragmento a seguir:

(...) II - Inexistiu omissão ou mesmo esquecimento por parte do legislador em não tratar do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no Código de Processo Penal Militar (CPPM), mas, de fato, um silêncio eloquente, o que indica a intenção clara de afastar a possibilidade de aplicação do instituto no âmbito da Justiça Castrense. Não há amparo para a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Penal acerca do Acordo de Não Persecução Penal, com fundamento no art. 3º do CPPM, que prevê a possibilidade de aplicação da legislação do processo penal comum, por não se tratar de efetiva omissão. Preliminar rejeitada (...).

Dessa forma, por falta de previsão legal, o Acordo de Não Persecução Penal não é aplicável à Justiça Militar da União.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença por ausência de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, por falta de amparo legal.

---

<sup>176</sup> Publicada no DJe em 17/12/2020.

### III - DO MÉRITO:

Conheço do presente recurso defensivo, uma vez satisfeitos os pressupostos processuais de admissibilidade, destacando-se a tempestividade, a legitimidade e o interesse recursal.

Insurge-se a Defesa contra a sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica da 1ª Auditoria da 1ª CJM que, nos autos da APM, condenou o Apelante à pena de 3 (três) meses de detenção, como incurso no art. 195 do CPM, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de recorrer em liberdade.

A tese defensiva gravita em torno da absolvição do Recorrente com fulcro na atipicidade da conduta e no princípio da fragmentariedade do Direito Penal, para o fato ser considerado mera contravenção disciplinar. Persistindo a condenação, pede o reconhecimento da atenuante de pena atinente à confissão, prevista no art. 72, inciso III, alínea “d”, do CPM.

Iniciando a análise do acervo probatório contido nos autos, tem-se que a materialidade foi comprovada por meio da escala de serviço para o dia 15 de janeiro de 2019, da qual consta o nome do Apelante como motorista-de-dia (eventos 9 e 14, arq. 5, do IPM), bem como pela Norma Padrão de Ação (NPA) nº 907/DTCEA-STA/14, que regulamenta o referido serviço (evento 14, arq. 3, do IPM).

No tocante à autoria, o fato foi amplamente demonstrado pelo depoimento uníssono das testemunhas e foi corroborado pela confissão judicial do acusado. Vejamos:

O 1S HIGOR MARQUES DA SILVA disse que não estava de serviço no dia do ocorrido, mas tomou conhecimento dos fatos. Afirmou que o Sargento PEIXOTO lhe relatou que o Apelante e os Soldados WILLIAM e CARLOS estavam de serviço como responsáveis pela segurança do destacamento, porém deixaram seus postos, por duas vezes e sem autorização, para comprar bebidas alcoólicas no bairro de Aparecidinha/ES, bem como evadiram-se uma terceira vez para participar de uma festa na casa do Soldado KRUGEL, localizada na cidade de Santa Teresa/ES, distante do quartel, aproximadamente, 15 (quinze) quilômetros, retornando por volta de 04h00. Relatou que foi o responsável pela apuração prévia, e, ainda, que o Recorrente e os demais acusados confessaram os fatos. Disse que todos saíram em uma viatura da OM. Confirmou que o Apelante era o motorista. Por fim, informou que o efetivo da guarnição corresponde a um técnico, um Sargento, um motorista, um telefonista e dois Soldados, totalizando seis militares, e que a ausência desautorizada dos réus deixou o local desguarnecido.

O 2S DANIEL FERREIRA PEIXOTO aduziu que não estava presente no dia dos fatos, porém recebeu uma “denúncia” interna de um dos militares,

noticiando um abandono de posto no DTCEA. Confirmou que os envolvidos confessaram os fatos.

O 3S LUIZ FELLIPE REINER ALVES disse que estava de serviço como permanência-de-dia. Não presenciou os fatos, porém tomou conhecimento de que o Apelante e os Soldados denunciados deixaram os postos para comprar cerveja, bem como dirigiram-se a uma festa na casa do Soldado KRUGEL, retornando por volta de 04h00. Confirmou que o Apelante era o motorista da viatura. Informou que os veículos só podem deixar a OM mediante autorização do permanência-de-dia, após assinatura da ficha de controle de viaturas com o registro da respectiva quilometragem. Como não houve registro, a quilometragem do automóvel não batia com o constante das fichas, o que confirmou a suspeita acerca do abandono de posto. Disse que a chave da viatura ficava com o motorista-de-dia. Afirmou que o serviço de segurança da guarda visa coibir atos ilícitos dentro do destacamento, assim como que pessoas estranhas possam entrar no quartel sem autorização.

O S2 HUGO KRUGEL RAMOS afirmou que estava de folga e confirmou que o Recorrente e o acusado WILLIAM estiveram em sua casa, por volta de 23h00, porém não soube informar para onde eles se dirigiram depois que deixaram sua residência. Disse que sua casa localiza-se a uma distância de, aproximadamente, 12 (doze) quilômetros do quartel.

O S2 THIAGO RODRIGUES FIRME disse que servia como segundo cassineiro no dia dos fatos. Confirmou que o Apelante deixou a OM dirigindo a viatura juntamente com o Soldado WILLIAM por três oportunidades. Soube que ambos foram para uma festa na casa do Soldado KRUGEL, retornando durante a madrugada. Afirmou que eles saíram fardados.

O delito previsto no art. 195 do CPM, embora tenha como rubrica marginal o nome jurídico “Abandono de posto”, apresenta duas situações distintas em que a evasão do serviço militar pode ocorrer.

A primeira diz respeito ao abandono de posto, que tem por premissa a existência de quarto de hora a ser cumprido, segundo escala de serviço previamente estabelecida.

A segunda refere-se ao abandono do lugar de serviço, ou seja, do espaço físico em que o serviço deva se desenvolver, normalmente, por um período de duração de 24 (vinte e quatro) horas.

O pressuposto básico para configuração do delito, em qualquer dessas situações, é, evidentemente, que a ausência seja à revelia de ordem superior, ou seja, *sponte propria*<sup>177</sup>. É justamente o que sobressai do acervo probatório contido nos autos, o qual atesta que o Recorrente, em momento algum, solicitou ou obteve autorização para deixar a Unidade Militar.

---

<sup>177</sup> Latim: “por conta própria”.

Para que se aperfeiçoe o ilícito penal em comento, basta a criação de uma situação de risco potencial presumido para a segurança do aquartelamento. Não é necessário que ocorra dano efetivo. Desse modo, a tutela jurídica justifica-se diante da simples probabilidade de prejuízo por ter deixado desguarnecido o posto (ou lugar de serviço) e, em última análise, a tropa. Logo, a tese defensiva de ser o fato atípico por ausência de dano ou de prejuízo não se sustenta, justamente porque o tipo penal não pressupõe resultado naturalístico, pelo contrário, corrobora-se sob a ideia de probabilidade de dano à regularidade do serviço militar.

Nesse sentido, cito a Apelação nº 7000181-59.2018.7.00.0000<sup>178</sup>, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, de cuja ementa se extrai o fragmento a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ABANDONO DE POSTO (CPM, ART. 195). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA INDICIÁRIA. ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. A prova indiciária é aceita quando for veemente ou diante de uma sucessão de pequenos indícios coerentes e concatenados que, em cotejo, se mostram harmônicos e sejam suficientes a levar o julgador à certeza quanto à existência do fato e da respectiva autoria. **In casu, restou configurado o abandono do lugar de serviço, previsto no art. 195 do CPM, quando o Apelante, escalado para o serviço de motorista de serviço, de livre e espontânea vontade, se ausentou da Organização Militar, sem autorização, para comprar bebidas alcoólicas e refrigerantes no comércio local. Autoria e materialidade do delito comprovadas. Apelo desprovido. Decisão Unânime.** (Grifo nosso).

No caso vertente, o Apelante aproveitou-se de sua função como motorista-de-dia para deixar a OM conduzindo a viatura, sem autorização ou qualquer outra justificativa plausível, por três oportunidades. Na primeira, ausentou-se da OM para adquirir 8 (oito) garrafas de cerveja. Na segunda, voltou ao comércio local para devolver os cascos das mencionadas garrafas. Na terceira ausência, sob o pretexto de adquirir alimento, deixou o quartel desguarnecido por cerca de 5 (cinco) horas, ausentando-se por volta das 23h00 do dia 15 de janeiro de 2019, somente retornando às 04h00 do dia seguinte.

Acerca do pleito defensivo no sentido de o fato ser tratado como mera contravenção disciplinar e, conseqüentemente, absolver o Recorrente com fulcro no princípio da bagatela imprópria, o desvalor do comportamento, com reflexos no ambiente castrense, obsta a aplicação do referido princípio, ao contrário do que pretende a Defesa. Nesse ponto, à luz do Código Penal Castrense, o fato é capitulado como crime contra o serviço militar e o dever

---

<sup>178</sup> Publicada no DJe em 24/9/2018.

militar, tutelando-se o bem jurídico da disciplina militar, caracterizando grave ofensa para a regularidade da Administração Militar.

Luiz Flavio Gomes leciona que, para a aplicação do instituto da bagatela imprópria, é necessário que a culpabilidade do agente seja mínima e que outras circunstâncias do caso concreto sejam consideradas, *verbis*<sup>179</sup>:

O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. (...) Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (...).

Assim, não se verifica o preenchimento dos requisitos para que se reconheça a bagatela imprópria no delito de abandono de posto. Tem-se que o ato desautorizado foi perpetrado pelo Recorrente, repita-se, por mais de uma vez naquela noite, o que traduz maior desvalor em seu comportamento. Logo, não há falar em irrelevância da conduta, bem como afigura-se indevido considerar suficiente a punição disciplinar, tendo em vista tratar-se de acusado que não mais integra os quadros das Forças Armadas, o que tornaria a resposta estatal absolutamente inócua, não atendendo às finalidades preventiva e retributiva da pena.

Nesse sentido, cito a Apelação nº 7001013-92.2018.7.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI, publicada no DJe em 23/8/2019, *in litteris*:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ABANDONO DE POSTO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA/BAGATELA IMPRÓPRIA, DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, DA IRRELEVÂNCIA PENAL E DA LESIVIDADE. REGULAMENTO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. INAPLICABILIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE.

O abandono de posto consuma-se no instante em que o militar se afasta do local do serviço sem a devida autorização. Trata-se de crime de mera conduta, cuja consumação não necessita da ocorrência de resultado naturalístico, não sendo possível a aplicação do Princípio da Insignificância/da Bagatela Imprópria, da Intervenção Mínima e da Lesividade. Inaplicabilidade do Recurso Defensivo.

A dicção do art. 195 do CPM conduz ao entendimento de que o abandono de posto, e/ou do próprio serviço para o qual o militar foi

---

<sup>179</sup> GOMES, Luiz Flávio. Infração bagatelar imprópria. MPMG Jurídico: *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p.47, jul./set. 2006.

escalado, provoca grave lesão ao bem jurídico tutelado, *in casu*, a Hierarquia e a Disciplina. A conduta tem relevância penal e demonstra a efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, razão pela qual deve ser reprimida nos termos do Código Penal Militar, não podendo ser apreciada na esfera administrativa, afastando, com isso, a alegada violação do Princípio da Lesividade.

Por fim, indefiro o pedido defensivo de reconhecimento da atenuante relativa à confissão espontânea (art. 72, inciso III, alínea “d”, do CPM), com fixação da pena aquém do mínimo legal, haja vista que a pena-base foi estabelecida em seu patamar mínimo.

Vale ressaltar, *in casu*, o óbice previsto no art. 73 do CPM, que determina preservação dos limites da pena cominada ao crime, na aplicação do *quantum* das circunstâncias atenuantes, e a incidência do Enunciado nº 231 da Súmula do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que apregoa: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Cito como precedentes a Apelação nº 7000582-87.2020.7.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA, publicada no DJe em 27/1/2021, e a Apelação nº 7001446-62.2019.7.00.0000, de relatoria do eminente Ministro Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI, publicada no DJe em 11/12/2020.

Assim, há certeza plena da configuração do injusto penal, do juízo de reprovação jurídico-social e da viabilidade punitiva, não socorrendo ao acusado, *ipso facto*<sup>180</sup>, quaisquer causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade que viessem a beneficiá-lo, estando perfeitamente caracterizados os elementos da culpabilidade.

Ante o exposto, conheço do recurso defensivo e nego provimento, para manter, *in totum*, a r. Sentença impugnada.

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 preliminar defensiva visando à aplicação da suspensão condicional do processo, estampada no art. 89 da Lei nº 9.099/95, por falta de amparo legal; **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar defensiva de nulidade da Sentença por ausência de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, por falta de amparo legal. No mérito, **por unanimidade**, em conhecer do recurso defensivo e em negar provimento, para manter, *in totum*, a r. Sentença impugnada.

Brasília, 7 de outubro de 2021 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

---

<sup>180</sup> Latim: “pelo próprio fato”.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA**

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

Apelação Nº 7000375-54.2021.7.00.0000

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

**PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI 9.099/95)**

A Defensoria Pública da União postulou a aplicação da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, sob alegação de que o acusado não mais está sujeito à lógica da vida militar, à hierarquia e à disciplina.

Quanto à questão, assinalo ser a Lei nº 9.099/95 peremptória sobre sua inaplicabilidade na Justiça Militar União:

Art.90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

Sobre o assunto, colaciono o seguinte julgado desta Corte Militar, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 290 DO CPM. AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO CIRCUNSCRITO AO APELO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME IMPOSSÍVEL PELA QUANTIDADE DE DROGA. CRIME MILITAR IMPRÓPRIO, DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. **NÃO APLICAÇÃO DAS LEIS Nº 11.343/06 E Nº 9.099/95 NESTA JUSTIÇA CASTRENSE.** IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVIÁVEL A APLICAÇÃO DOS PRECEITOS SECUNDÁRIOS DOS ARTS. 202 OU 291, PARÁGRAFO ÚNICO, I, AMBOS DO CPM. CRIAÇÃO DE "LEX TERTIA". NÃO PROVIMENTO. UNÂNIME. A Apelação devolve ao Tribunal a análise integral da matéria discutida na demanda, sob o crivo do Contraditório e da Ampla Defesa. No entanto, tal efeito não é ilimitado, encontra limites nas razões expostas pela parte apelante. Assim, não pode a Defesa querer discutir a matéria na instância *ad quem*, que deixou de ser suscitada no Juízo *a quo*. Não configuração de crime impossível ante a pequena quantidade de droga em poder do apelante. Esta não é pressuposto apto a configurar a absoluta impropriedade do objeto, não se pode considerar como ínfimo o consumo de qualquer quantidade de drogas dentro do Quartel. O delito de entorpecente, descrito no art. 290 do CPM, é crime militar impróprio, de mera conduta e de perigo abstrato, razão pela qual basta para sua configuração a presunção do perigo, não havendo a necessidade de se materializar o dano contra a incolumidade pública. Ressalta-se que a doutrina e jurisprudência majoritárias já reconheceram a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Ademais, inviável a aplicação da Lei nº 11.343/06 nessa Justiça Castrense, ante a incidência do princípio da especialidade. Súmula nº 14 do STM. Entendimento em

harmonia com a Suprema Corte. Também **impossível aplicar os dispositivos da Lei nº 9.099/95 na Justiça Militar da União. O art. 90-A, da referida lei, prevê tal vedação, que, inclusive já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.** Igualmente, não encontra guarida nessa Justiça castrense a aplicação de penas alternativas, previstas no artigo 44 e §§ do Código Penal Comum, com fundamento no Princípio da especialidade e na impossibilidade de se mesclar o regime penal comum e o castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles. Do mesmo modo, mostra-se frágil o pleito defensivo de absolvição com base no princípio da proporcionalidade. A pena prevista para o crime de posse e/ou porte de drogas se mostra dentro do critério escolhido pelo Legislador, não cabendo, somente, a aplicação de uma sanção administrativa disciplinar. Igualmente, proceder a reclassificação do delito para aplicar ao caso concreto os preceitos secundários previstos nos arts. 202 ou 291, parágrafo único, inciso I, ambos do CPM, é uma flagrante violação à separação dos poderes, e uma criação pelo Poder Judiciário de um novo comando normativo em matéria penal “lex tertia”, o que é vedado pelo Direito pátrio. Logo, comprovados autoria e materialidade, e não se vislumbrando qualquer causa que possibilite a alteração do decreto condenatório, este deve ser mantido. Apelo desprovido. Decisão por unanimidade. (Grifo nosso).

Do mesmo modo, o enunciado da Súmula nº 9 deste Superior Tribunal Militar consigna que “A Lei 9.099, de 26.09.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União.”.

No mesmo sentido, o tema em estudo já foi objeto de apreciação por parte da Suprema Corte Federal. Vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. CIVIL ACUSADO DE CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. **INAPLICABILIDADE DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CONSTITUCIONALIDADE.** 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar civil acusado de desacato e desobediência praticados contra militar das Forças Armadas no “desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública” (art. 9º, III, d, CPM). Precedente da Primeira Turma: HC 115.671, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio; 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 90-A da Lei na 9.099/95, com a redação dada pela Lei na 9.839/99. Inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Militar.** 3. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 113128, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 10/12/2013). (Grifo nosso).

Como bem observado pelo Colendo Conselho de Justiça para a Aeronáutica, em seu *Decisum*, “a condição de civil do réu não pode ter o

condão de ensejar a aplicação do diploma em questão, nem pode ser motivo para se falar em ofensa ao princípio da isonomia [...]”.

Assim, rejeito a preliminar defensiva de aplicação da Suspensão Condicional do Processo.

### **PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NÃO APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

De igual modo, ainda em sede preliminar, a DPU requereu a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, novidade legislativa presente no art. 28-A do Código de Processo Penal, argumentando, para tanto, que o réu satisfaria os requisitos legais exigidos no citado dispositivo, pugnando, ao final, que o órgão Ministerial ofereça a proposta do mencionado Acordo ou apresente manifestação fundamentada quanto ao não atendimento pelo apelante dos requisitos previstos na Lei 13.964/2019.

Contudo, não assiste razão à Defesa Pública. O dispositivo citado assim estabelece:

[...] Art. 28-A. 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, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada [...].

Como se evidencia, o alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar, sob

pena de violação ao princípio da especialidade, uma vez que não existe omissão no Diploma Adjetivo Castrense.

Somente a falta de um regramento específico possibilita a aplicação subsidiária da legislação comum, sendo impossível mesclar-se o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles.

*In specie*, ao compulsar detidamente a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, verifica-se a impossibilidade de extensão dos efeitos decorrentes da dicção do novel dispositivo ao processo penal militar, tratando-se, pois, de opção legislativa e não de uma suposta omissão, como pretende fazer crer a Defesa, circunstância que, por si só, obsta a pretensão defensiva de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal.

Noutro giro, *ad argumentandum tantum*, haja vista a inaplicabilidade do dispositivo apresentado nesta preliminar, é importante ressaltar que, antes mesmo da entrada em vigor do citado instituto no Código de Processo Penal, o Conselho Nacional do Ministério Público já vinha adotando semelhante sistemática a partir da Resolução nº 181, de 7/8/2017, complementada pela Resolução nº 183, de 24/1/2018. Segundo o art. 18 do citado normativo:

[...] o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente [...].

O § 1º do dispositivo citado, inclusive, descreve os casos em que não será aplicado o referido Acordo, a saber:

[...] § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

I - for cabível a transação penal, nos termos da lei; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

II - o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

III - o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV - o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

V - o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

VI - a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

A leitura atenta dos citados dispositivos igualmente evidencia sua não aplicabilidade no âmbito desta Justiça Especializada, bastando, para tanto, verificar que a transação penal, o valor mínimo do dano causado e a própria aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 não são contemplados no âmbito do Direito Penal Militar.

Ademais, conforme ressaltado no inciso VI supracitado, quando o acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, não haverá a celebração do Acordo de Não Persecução Penal.

Portanto, ainda que se admitisse, por hipótese, tão somente, a aplicação do referido instituto de Não Persecução Penal, a própria redação do art. 28-A evidencia que não se trata de um direito subjetivo do réu, mas uma faculdade do Ministério Público.

Ora, a pretensão defensiva encontra óbice intransponível nos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade previstos no art. 30 do Código de Processo Penal Militar.

Vale dizer que, tal como no caso em análise, presentes os requisitos para a propositura da ação penal, a Denúncia foi oferecida pelo *Parquet* Castrense que dela não mais poderá abdicar. Nesse sentido precedente desta Corte Castrense, *in verbis*:

EMENTA APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESERÇÃO. ART. 187 DO CPM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONCESSÃO DE INDULTO. INTERESSE RECURSAL. CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. AUSÊNCIA DE DOLO. CRIME DE MERA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CAUSA EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. ENUNCIADO Nº 3 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STM. APLICAÇÃO. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. O reconhecimento de causa extintiva da punibilidade em virtude da concessão do indulto pelo Juízo *a quo* não inviabiliza a análise do Recurso de Apelação, haja vista que a tese defensiva, se acolhida, poderia resultar na absolvição do Acusado, sendo, portanto, mais benéfica ao Réu. **O Ministério Público, enquanto titular da ação penal, nos termos do inciso I do artigo 129 da Constituição Federal, tem sua atuação regida pelo Princípio da Obrigatoriedade,**

**segundo o qual a denúncia deve ser apresentada sempre que houver indícios suficientes da autoria e da materialidade delitivas, bem como pelo Princípio da Indisponibilidade, no sentido de que, oferecida a Peça Acusatória, torna-se inviável eventual desistência, transferindo-se, a partir de então, ao Poder Judiciário, a decisão sobre a causa. (...)** Preliminar de nulidade não acolhida. Unanimidade. (Apelação nº 0000001-97.2017.7.03.0103, Relator Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, DJe de 16/5/2018). (Grifo nosso).

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União.

### MÉRITO

Insurgiu-se a Defesa contra a Sentença do CPJ para a Aeronáutica da 1ª Auditoria da 1ª CJM, que condenou o ex-Sd Aer JARDEL CARLOS ROCHA CAMPOS à pena 3 (três) meses de detenção, como incurso no art. 195 do Código Penal Militar, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em suas Razões, a DPU requereu a reforma da Sentença para absolver o ex-Sd JARDEL CARLOS ROCHA CAMPOS da imputação do delito de abandono de posto, com fulcro no art. 439, “b”, do CPPM, ou, subsidiariamente, caso mantida a condenação, que seja reconhecida a redução de pena com a aplicação da atenuante prevista no art. 72, inciso III, alínea “d”, do CPM.

A despeito dos argumentos esposados, o Apelo não merece prosperar.

Narram os autos que, em 15/1/2019, os denunciados estavam de serviço no Destacamento de Controle Aéreo e Tráfego Aéreo de Santa Teresa/ES. Por volta das 19h30min, o motorista-de-dia, ex-Sd JARDEL, sem a autorização do Permanência-de-Dia do DTCEA-STA, ausentou-se do quartel, utilizando-se de uma viatura militar, oportunidade em que se dirigiu ao bairro de nome Aparecidinha, distante 4 km da OM, com a finalidade de comprar oito garrafas de um litro de cerveja, para serem consumidas, durante o serviço, pelos denunciados.

Após consumirem a bebida alcoólica, o ex-Sd JARDEL, mais uma vez, saiu da OM, sem autorização, utilizando viatura militar, desta feita, acompanhado pelo S2 Carlos, para comprar alimentos e devolver as garrafas de cervejas vazias. Em virtude de o comércio local estar fechado, os militares em questão retornaram ao destacamento militar.

Por volta das 23 horas, o acusado tornou a sair da OM, em viatura militar, de forma desautorizada, na companhia do S2 William Rodrigues, com destino a uma festa na casa do S2 Krugel, na cidade de Santa Teresa, distante 12 km do seu local de serviço. Retornaram ao Destacamento, por volta de 4 horas do dia seguinte.

As oitivas das testemunhas ministeriais ratificaram, em consonância, os termos da inicial acusatória.

No depoimento judicial da testemunha indicada pela Acusação, o Sd Thiago Rodrigues esclareceu que presenciou os militares praticando os atos descritos na Denúncia, e que insistiram para sair e buscar cerveja na localidade de Aparecidinha. Disse que o outro soldado que estava de serviço relutou, mas JARDEL e Willian insistiram até que o soldado permitiu. Afirmou que JARDEL e Willian retornaram com a bebida, insistiram em sair novamente indo à cidade, sendo que, posteriormente, soube que eles foram à festa do soldado Krugel e retornaram pela madrugada com a viatura. Mencionou que presenciou os militares consumindo bebida alcoólica e que o acusado JARDEL dirigia a viatura. Afirmou ter conversado com JARDEL e Willian, os quais relataram que estavam na festa na casa do soldado Krugel. Por fim, declarou terem os agentes saído três vezes e não se recordar se o permanência orientou no *briefing* sobre a utilização da viatura (evento 198 da APM).

O próprio réu, quando interrogado, admitiu a veracidade dos fatos descritos na exordial. Confessou que saiu com o soldado D. Rodrigues, indo ao Bairro de Aparecidinha a 3 km do local, com o intuito de comprar comida, e comprou as bebidas alcoólicas, retornando após meia hora. Ao retornar, ingeriu a bebida e a comida que havia comprado juntamente com Willian, Carlos e o soldado D. Rodrigues. Afirmou que saiu com o S2 Carlos e foram a Aparecidinha, retornando ao quartel, e que por volta das 23h, juntamente com Carlos, foi à casa do soldado Krugel onde se realizava um churrasco, com o intuito de comprar pizza, já que ele vendia pizza. Disse ter comido uma carne que havia sobrado do churrasco e que, após isso, andou pela cidade de Santa Teresa à procura de comida e, não encontrando, retornou ao destacamento. Por fim, afirmou que a chave da viatura por vezes ficava no veículo, por vezes na sala de vigilância, por vezes com o motorista, não sabendo informar se há norma específica onde deva ficar, sendo que na ocasião ela estava na viatura (evento 221, da APM).

Percebe-se, facilmente, que o recorrente, de maneira livre e consciente, ausentou-se de forma desautorizada do local de serviço para o qual fora designado permanecer.

Ademais, os documentos acostados nos autos, além da Escala de serviço (evento 14, documento 5, do IPM), da NPA que regulamenta os serviços de motorista-de-dia e de sentinela-de-dia (evento 14, documentos 3 e 4, do IPM) e do Boletim interno ostensivo nº 233, de 5/12/2018, autorizando o recorrente a conduzir viaturas oficiais do DTCEA-STA (evento 32, documento 4, do IPM), demonstram a procedência dos fatos narrados na exordial acusatória.

Tal como colocado, frente aos detalhes do serviço, às provas testemunhais e à oitiva do apelante, inquestionáveis as presenças dos elementos subjetivos e

objetivos do delito em tela, os quais se caracterizam pela vontade livre e consciente do militar de abandonar o posto ou lugar de serviço, sem autorização superior.

Ora, o que se observa aqui é que o agente premeditou sua atitude, momentos antes da prática do abandono propriamente dito. Assim é que o dolo se evidencia pela própria premeditação. Ou seja, de forma livre e consciente, o sujeito ativo ausentou-se da área sob administração militar, abandonando seu lugar de serviço antes de terminá-lo, sem pedir permissão para saída, razão pela qual se impõe a manutenção do decreto condenatório.

De igual modo, **não prospera o argumento defensivo de atipicidade da conduta ou mesmo de enquadramento da prática de abandono de posto como contravenção disciplinar.**

Ao revés do esposado defensivo, os autos demonstram aqui tratar-se de prática ilícita, antijurídica e culpável, sendo que o serviço militar e o dever militar, bens jurídicos tutelados pela norma castrense, foram frontalmente violados.

Para além, trata-se de crime de perigo abstrato, em que a ocorrência de resultado naturalístico não é exigível, porquanto a mera conduta de afastar-se do posto ou local de serviço é suficiente para configurá-lo.

A propósito, o Código Penal Militar estabelece que é crime, *in verbis*:

Art. 195. Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo.

Convém consignar que a criminalização do abandono de posto justifica-se não só pelo risco à segurança das organizações ou dos bens sob a administração castrense, mas ainda pela violação do dever militar, de indispensável observância por parte dos integrantes das Forças Armadas.

Ensina Célio Lobão que o crime em tela “consoma-se no momento em que o agente se afasta do posto onde deve permanecer, deixando-o sem vigilância”<sup>181</sup>, independente do tempo de duração da ausência. Para o jurista, o crime de abandono de posto é de mera conduta e a conduta punível é “afastar-se, definitiva ou temporariamente, sem ordem superior, do posto ou lugar de serviço que lhe foi designado, bem como abandonar o serviço que lhe cumpria executar, antes de terminá-lo”<sup>182</sup>.

Nesse diapasão, cito julgados do STM: Apelação nº 0000139-68.2015.7.01.0401, Min. Rel. Odilson Sampaio Benzi, DJe 13/4/2018; Apelação nº 7000181-59.2018.7.00.0000, Min. Rel. Lúcio Mário de Barros Góes, DJe 24/9/2018; Apelação nº 7000032-63.2018.7.00.0000, Min. Rel.

<sup>181</sup> LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 363.

<sup>182</sup> *IBIDEM*, p. 358.

Péricles Aurélio Lima de Queiroz, DJe 5/10/2018; e Apelação nº 7000293-28.2018.7.00.0000, Min. Rel. Artur Vidigal de Oliveira, DJe 24/10/2018.

Em situações como a descrita nos presentes autos, a Excelsa Corte tem referendado a importância da tipificação do delito de abandono de posto dada a inexistência de afronta de qualquer natureza aos preceitos insculpidos no Texto Constitucional, razão pela qual inexistente violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Afinal:

[...] Não obstante referido delito se classifique como de perigo, ele se consagra na necessidade de se resguardar a segurança e a regularidade do funcionamento das instituições militares, pautados que são pelo mandamento constitucional da hierarquia e da disciplina (CF, art. 142, *caput*), **não havendo que se falar, portanto, em ofensa aos princípios constitucionais invocados pela defesa** (Habeas Corpus nº 130.793/SP, Relator: Ministro Dias Toffoli, DJe: 11/10/2016). (Grifo nosso).

No mesmo sentido é o entendimento da eminente Ministra Rosa Weber no voto condutor do Acórdão do Habeas Corpus nº 129.676/RS (DJe: 26/04/2016), para quem:

[...] o entendimento adotado pelo Superior Tribunal Militar no ato coator converge para a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, observados os princípios de hierarquia e disciplina inerentes às instituições militares, não é **irrelevante a conduta tipificada pelo crime militar de abandono de posto** (art. 195 do CPM) [...]. (Grifo nosso).

Como se observa, o tipo penal de abandono de posto encontra-se plenamente recepcionado pela ordem constitucional vigente, dada a inexistência de afronta aos preceitos da Carta da República. Desse modo, o entendimento jurisprudencial, tanto no âmbito desta Corte como no Supremo Tribunal Federal, é da constitucionalidade do art. 195 do CPM.

**Quanto à alegação defensiva de desnecessidade da pena em razão da aplicação do princípio da bagatela imprópria, novamente, não assiste razão à Defesa.**

Consabido que o referido postulado somente deve ser reconhecido quando, mesmo diante de um fato típico, antijurídico e culpável, o magistrado deixa de aplicar a pena, sob o fundamento de ter se tornado desnecessária, diante da verificação de alguns requisitos, dentre os quais a ínfima culpabilidade do agente e a ausência de afronta aos princípios da hierarquia e da disciplina.

A toda evidência, essa não é a situação dos autos deste processo. Isso porque, estando de serviço, ao deixar a Unidade Militar, sem qualquer autorização, para adquirir bebida alcoólica e fazer uso dentro do quartel, o ex-Sd JARDEL afrontou os princípios basilares da hierarquia e da disciplina,

bens jurídicos cuja preservação é de extrema importância para o regular funcionamento das instituições castrenses.

A propósito, como bem referendado pelo *Parquet* castrense, em sede de Contrarrazões do Apelo (evento 304 da APM),

[...] a reprovação do crime praticado pelo sentenciado foi **duplamente manifesta, notadamente levando em conta a razão que motivou a ausência desautorizada do réu de seu lugar de serviço.** Ressalte-se que o então militar de serviço saiu de sua OM, em duas oportunidades: a primeira; para comprar bebidas alcoólicas e a segunda vez para ir a uma festa, retornando só de madrugada à OM.

Desse modo, comprovado o fato típico, ilícito e culpável praticado pelo acusado, não merece acolhida o recurso da defesa, posto que foi violado um bem caro às Forças Armadas, vale dizer, o dever militar. (Grifo nosso).

*In casu*, a culpabilidade, bem como o juízo de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente são elevados, circunstância que, inevitavelmente, impede o reconhecimento da bagatela imprópria.

Nesse passo, transcrevo julgados desta Corte Militar, ao tratar sobre tema semelhante ao dos autos, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ABANDONO DE POSTO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA/BAGATELA IMPRÓPRIA, DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, DA IRRELEVÂNCIA PENAL E DA LESIVIDADE. REGULAMENTO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO. INAPLICABILIDADE. ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE. **O abandono de posto consuma-se no instante em que o militar se afasta do local do serviço sem a devida autorização. Trata-se de crime de mera conduta, cuja consumação não necessita da ocorrência de resultado naturalístico, não sendo possível a aplicação do Princípio da Insignificância/da Bagatela Imprópria, da Intervenção Mínima e da Lesividade. Inaplicabilidade do Recurso Defensivo. A dicção do art. 195 do CPM conduz ao entendimento de que o abandono de posto, e/ou do próprio serviço para o qual o militar foi escalado, provoca grave lesão ao bem jurídico tutelado, *in casu*, a Hierarquia e a Disciplina. A conduta tem relevância penal e demonstra a efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, razão pela qual deve ser reprimida nos termos do Código Penal Militar, não podendo ser apreciada na esfera administrativa, afastando, com isso, a alegada violação do Princípio da Lesividade.** (Apelação nº 7001013-92.2018.7.00.0000. Relator: Min. Odilson Sampaio Benzi. Data de Julgamento: 14/08/2019. Data de Publicação: 23/08/2019) (Grifo nosso).

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ABANDONO DE POSTO (CPM, ART. 195). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA INDICIÁRIA. ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. A prova indiciária é aceita quando for veemente ou diante de uma sucessão de pequenos indícios coerentes e concatenados que, em cotejo, se mostram harmônicos e sejam suficientes a levar o julgador à certeza quanto à existência do fato e da respectiva autoria. **In casu, restou configurado o abandono do lugar de serviço, previsto no art. 195 do CPM, quando o Apelante, escalado para o serviço de motorista de serviço, de livre e espontânea vontade, se ausentou da Organização Militar, sem autorização, para comprar bebidas alcoólicas e refrigerantes no comércio local. Autoria e materialidade do delito comprovadas. Apelo desprovido. Decisão Unânime.** (STM. APELAÇÃO nº 7000181-59.2018.7.00.0000, Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Data de julgamento 6/9/2018. Publicação: 24/9/2018.) (Grifo Nosso).

Constata-se, pois, a ocorrência tanto da tipicidade formal, que é a correspondência entre as ações do Apelante e o estabelecido na norma penal proibitiva, quanto da tipicidade material, entendida como a efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Código Penal Militar, bem como a necessidade de imposição da reprimenda.

Por tais razões, inadmite-se a aplicação do princípio da bagatela imprópria como pretendido pela Defesa.

**De igual modo, não prospera o pedido defensivo de reconhecimento de redução de pena com a aplicação da atenuante prevista no art. 72, III, alínea “d”, do CPM, haja vista a necessidade de que a confissão seja ignorada ou atribuída a outrem, o que não se verifica no presente caso.**

Para sua configuração, por expressa disposição legal, é necessário que a autoria do delito seja ignorada ou imputada a outrem, o que não ocorreu no presente caso. Ou seja, não basta a simples confissão para a aplicação da atenuante, é necessário que a declaração do acusado esclareça possível dúvida acerca da autoria.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. PRELIMINAR, DE OFÍCIO. MINISTRA REVISORA. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO. POR MAIORIA. MAIORIA MÉRITO. ESTELIONATO. FRAUDE EM OPERAÇÃO PIPA. OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. *BIS IN IDEM* NA DOSIMETRIA DA PENA. APELO DA DEFESA PROVIDO PARCIALMENTE. MAIORIA. 1. Conforme prescreve o art. 499 do CPPM, “nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa” (*pas de nullité sans grief* - Princípio consagrado pela doutrina e jurisprudência Pátria). 2. A Lei nº 13.774/2018, ao estabelecer

a competência do Juiz Federal da Justiça Militar para, singularmente, julgar o réu civil, nada dispôs sobre a necessidade de se realizar sessão de julgamento com alegações orais. Como sabido, consoante a exegese feita pela jurisprudência pátria, a fase de alegações orais é própria de julgamentos perante Órgão Colegiado. Preliminar rejeitada. Maioria. 3. A conduta de romper os lacres dos Módulos Embarcado de Monitoramento e de transportá-lo em outro veículo, no contexto da Operação Pipa, perfaz os requisitos característicos do delito de estelionato por estarem presentes o dolo e o meio fraudulento, com obtenção de vantagem ilícita em prejuízo da Administração Militar. **4. Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 72, inciso III, alínea “d”, do CPM, por expressa disposição legal, é necessário que a autoria do delito seja ignorada ou imputada a outrem.** 5. Não se pode agravar a pena-base por um mesmo fato utilizado para fundamentar outro agravamento, sob pena de incorrer em violação ao princípio do *no bis in idem*. 6. Provimento parcial ao apelo da Defesa. Decisão por maioria. (STM - Apelação nº 7000042-39.2020.7.00.0000. Relator Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 18/6/2020, Data de Publicação: 6/8/2020) (Grifo nosso).

Por ser incabível a atenuante da confissão espontânea no caso em apreço, mantém-se inalterada a dosimetria da pena.

Assim, comprovada a autoria e a materialidade delitivas, bem como não ser o caso de se aplicar as teses avençadas pela Defesa, é medida que se impõe a manutenção do édito condenatório.

*Ex positis*, voto pelo conhecimento e pelo desprovimento do Apelo defensivo, para manter inalterada a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 7 de outubro de 2021.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha  
Ministra-Revisora

---

---

**APELAÇÃO Nº 7000393-75.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Alte Esq Leonardo Puntel.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: Lucas Marinho Matos.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

APELAÇÃO. DEFESA. ART. 290 DO CPM. PRELIMINAR. DEFESA. MATÉRIA DOS AUTOS. COGNIÇÃO INTEGRAL. FUNDAMENTAÇÃO. CARÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. MÉRITO. ENTORPECENTES. FORÇAS ARMADAS. CRIMINALIZAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. INSUFICIÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO. HARMONIA. DOLO. PRESENÇA. VIDA CASTRENSE. ADAPTAÇÃO. DIFICULDADE. PROBLEMAS PESSOAIS. CONDUTA. NÃO JUSTIFICADA. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. CÓDIGO PENAL MILITAR. ESPECIALIDADE. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

A não especificação da matéria que eventualmente poderia ser excluída do exame da Corte pelo advento da preclusão impede o conhecimento de preliminar que objetiva discutir o alcance da cognição do recurso de apelação. Preliminar não conhecida por unanimidade.

Esta Corte já assentou, em sua Jurisprudência, a constitucionalidade do tratamento penal despendido aos crimes envolvendo entorpecentes em área sob Administração Militar.

As condutas descritas pelo artigo 290 do Código Penal Militar não são insignificantes e reclamam o reproche penal militar, não podendo ser adequadamente censuradas de qualquer outra maneira.

Constata-se a presença do elemento volitivo doloso quando as provas dos autos indicarem que o acusado, conscientemente, guardava entorpecente entre os seus pertences.

O militar que introduz entorpecente nas dependências de uma Organização Militar coloca em risco toda a tropa. Não tornam irrazoável a exigência da Lei Castrense de não portar e de não guardar entorpecente no Quartel eventuais circunstâncias tal qual dificuldade de dormir, problema de adaptação às Forças Armadas, punição disciplinar ou qualquer outro problema de natureza

estritamente pessoal cuja Lei não expressamente atribua a aptidão de ilidir a responsabilidade criminal do agente.

O artigo 290 do Código Penal Militar é especial em relação à Lei nº 11.343/2006, em razão da presença de fator de especialização incontornável, traduzido pela expressão: “em lugar sujeito à administração militar”.

Recurso desprovido. Decisão por unanimidade.

---

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente a Dra. Herminia Celia Raymundo, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, não conheceu da preliminar suscitada pela Defesa, de cognição de toda a matéria ventilada nos autos. No mérito, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo defensivo, para manter, na íntegra, a Sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Relator Ministro Leonardo Puntel.

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, Celso Luiz Nazareth, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 11/11/2021).

## RELATÓRIO

Trata de Recurso de Apelação interposto pela Defensoria Pública da União (evento 1, doc. 1), contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 11/5/2021, que condenou o ex-Sd Ex LUCAS MARINHO MATOS como incurso no delito de porte de entorpecente, previsto no art. 290, *caput*, do Código Penal Militar, à pena em 1 (um) ano de reclusão, com o benefício do *sursis* e com o direito de apelar em liberdade, fixando-se, ainda, o regime inicial aberto para eventual cumprimento da pena (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 114).

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 28/9/2020, nos seguintes termos (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 1, doc. 1):

(...) No dia 5 de setembro de 2020, no decorrer de uma revista realizada no alojamento da guarda do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo, o cabo Matheus Luã Ferreira da Silva e o soldado Breno Barreto de Carvalho encontraram, no interior da carteira do soldado Lucas Marinho Matos, um saco plástico contendo substância semelhante a maconha.

Conforme noticiado nos autos, o cabo Matheus Luã Ferreira da Silva recebera a informação de que o soldado Lucas Marinho Matos estaria em posse de drogas no interior da Unidade, mediante comunicado do soldado Breno Barreto de Carvalho, que, por sua vez, fora cientificado de tal fato pelo também soldado Samuel Alexandre Cardoso Gentil.

O material apreendido, 1,0 (um) grama de massa líquida, foi submetido a análise pericial realizada pelo 2º Batalhão de Polícia do Exército e, de acordo com o laudo acostado às fls. 10/18 do Evento 1, o resultado obtido foi positivo para *Cannabis* (“maconha”). Às fls. 83 foi juntado o laudo de exame químico-toxicológico.

Destarte, provadas a materialidade e autoria delitivas, conclui-se que o ora denunciado, agindo de forma livre e consciente, ao trazer consigo, em área sujeita à Administração Militar, substância entorpecente proibida, incorreu na prática de delito previsto no Código Penal Militar.

Outrossim, a Denúncia arrolou, na condição de testemunhas, o Cabo Matheus Luã Ferreira da Silva, o Soldado Breno Barreto de Carvalho e o Soldado Samuel Alexandre Cardoso Gentil (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 1, doc. 1).

A Denúncia tomou por base o Auto de Prisão em Flagrante lavrado em 6/9/2020, no Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo, com sede em São Paulo/SP, cuja presidência coube à 2ª Ten NATALY MACHADO OLIVEIRA (Processo nº 7000235-91.2020.7.02.0002, evento 1, docs. 2 e 3).

O Acusado, preso em 5/9/2020, foi posto em liberdade em 7/9/2020 (Processo nº 7000235-91.2020.7.02.0002, evento 16).

O Laudo Pericial nº 10, do 2º BATALHÃO DE POLÍCIA DO EXÉRCITO, de 6/9/2020, registrou (Processo nº 7000235-91.2020.7.02.0002, evento 1, doc. 2, fls. 8/18):

O material encontrava-se acondicionado em 1 (um) saco plástico transparente, substância de origem desconhecida similar a maconha, fragmentado, contendo variação na sua forma, com tonalidades marrom e verde.

(...)

De posse da substância suspeita, realizou-se o exame utilizando uma pequena porção do material coletado 0,2 grama (Vide Foto 04), de um total de 1,0 grama recebido (Vide Foto 05), zelando 0,7 grama para eventual contraprova (Vide Foto 06).

(...)

Esta equipe de perícia conclui que, o exame preliminar realizado na substância Entorpecente e/ou Psicotrópica, do tipo *Cannabis* (“maconha”), deu positivo. A *Cannabis sativa L.* encontra-se na Lista E (Lista das Plantas que Podem Originar Substâncias Entorpecentes e/ou Psicotrópicas) da

Portaria SVS/MS344/1998 e suas atualizações. O THC (tetraidrocanabinol) encontra-se na Lista F2 (Lista das Substâncias Entorpecentes de Uso Proscrito no Brasil) da Portaria 344/98, SVS/MS.

O mesmo Laudo registrou a cópia do Auto de Exibição e Apreensão de Material Objeto de Delito, datado de 5/9/2020, assinado pela Presidente do Flagrante (Processo nº 7000235-91.2020.7.02.0002, evento 1, doc. 2, fl. 13).

O Instituto de Criminalística da Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo, em 10/9/2020, produziu o Laudo Pericial de Número 295.208/2020, assim se manifestando (Processo nº 7000235-91.2020.7.02.0002, evento 27, doc. 2):

Item Único (Acondicionado sob o lacre 6259248)

Descrição: invólucro plástico encerrando porção de fragmentos vegetais constituídos de folhas, folíolos, inflorescência, caules e frutos

Massa Líquida: 0,8 grama(s). Destes, todo o material foi aqui retirado para análises, sendo o remanescente destas análises armazenado sob a forma de contraprova.

Resultado: A análise do material descrito fez o uso de teste colorimétrico empregando reagentes químicos adequados e Cromatografia em camada delgada e, foi DETECTADA presença da substância TETRAHIDROCANNABINOL (THC), constante na lista F2 da Portaria SVS/MS 344/98 e atualizações posteriores (Portaria SPTC 136, de 03/08/2020).

Em 28/9/2020, a Denúncia foi recebida pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 2ª CJM, Dr. Vitor de Luca (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 1, doc. 2).

Em 30/9/2020, o Acusado foi citado, oportunidade em que declarou que constituiria advogado (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 19).

Em 13/1/2021, o Acusado foi licenciado *ex officio* das Fileiras do Exército Brasileiro (Processo nº 7000258- 37.2020.7.02.0002, evento 35, doc. 1).

Em 11/2/2021, foram ouvidas, em Juízo, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar na peça acusatória, as testemunhas de Defesa e o Acusado (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 43).

Registrou a Sentença acerca do conteúdo das provas orais (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, eventos 45/50 e 114):

A testemunha de acusação Cb Matheus Luã Ferreira da Silva narrou que (Evento 45):

No dia em questão, estava com o Cabo de Dia e o ex-Soldado era do seu plantão. Após o jantar, o Soldado Barreto o procurou alegando que o ex-Soldado Gentil, que estava punido, havia dito que o ex-Soldado

Matos estava portando maconha dentro do alojamento, em seu armário. Em conjunto com o Soldado Barreto, inventou um motivo para inspecionar os armários dos militares. No início do serviço, decretou a proibição de aparelhos eletrônicos (celulares) no serviço. O primeiro militar, em que foi feita a inspeção, estava utilizando aparelho eletrônico, fato que motivou a vistoria nos demais militares.

Quando chegaram ao armário do Soldado Matos, perguntaram se ele tinha alguma coisa ilegal e o Soldado negou. Verificou seu armário pedindo para que retirasse todas as coisas pessoais, uma por uma. Perguntou várias vezes se teria algo de errado ou alguma alteração, recebendo uma resposta negativa do Soldado. No armário e na cama não foi encontrado nada de ilegal. Quando foram inspecionar o Soldado Gentil, ele informou que a maconha estava na carteira do Soldado Matos. Chamou-o de novo e pediu para olhar a carteira, mas o Soldado falou que não a usava e depois disse ter deixado os documentos e a chave da moto com outro Soldado e, por isto, não teria nada com ele. Pediu para o Soldado Barreto ir até a cama novamente e acabou encontrando a carteira embaixo do travesseiro. Ao questionar o Soldado Matos, afirmou ser sua carteira. Dentro dela, do lado esquerdo, tinha maconha enrolada em um plástico. O acusado pediu para conversar longe dos demais e confirmou ser sua carteira e ser usuário de drogas. Não quis jogá-la fora para ninguém ver e, por isto, tinha deixado guardada.

No horário do pernoite, passou a situação para o adjunto. Tinha deixado a carteira em seu bolso para mostrar ao adjunto como estava quando foi encontrada. O acusado relatou que um dia antes de chegar ao Quartel, tinha saído com uma garota, comprou e usou a maconha com ela, mas como havia sobrado, deixou na carteira. Não mencionou se quem vendeu foi algum militar. Uma semana antes, foi encontrado um pino, de provável entorpecente, no lixo dentro do armário do Soldado Gentil, que foi acusado de ser o portador. O Soldado Gentil e o Soldado Matos pareciam ser bem próximos durante o expediente e sem desentendimentos. O réu estava presente quando foi pedido para o Soldado Barreto inspecionar sua cama, mas não teve a visão do momento em que a carteira foi pega. Tudo aconteceu em questão de segundos, menos de um minuto.

A testemunha de acusação Sd Breno Barreto de Carvalho mencionou que (Evento 46):

Na semana anterior ao fato, o Soldado Gentil foi acusado de ser usuário de drogas dentro do Quartel e, na semana seguinte, com medo de ser acusado novamente, resolveu relatar, na hora do almoço, que tinha visto que o Soldado L. Matos tinha droga. Esperou a hora da janta, porque todos estariam reunidos novamente, para realizar as revistas e encontrar a droga. Deu a desculpa de fazer a revista para encontrar celulares e alterações no serviço. Revistaram todos e acharam um militar com celular no serviço, mas não acharam nada no armário e na cama do Soldado Matos.

O acusado alegou não ter a carteira e os documentos com ele por ter emprestado a moto para outro colega. O Soldado Gentil disse que a carteira estaria perto das camas. Acharam a carteira e o Soldado Matos se entregou quando viram seu título de eleitor dentro dela. No interior da carteira foi encontrado o pacote com a maconha e o acusado reconheceu como sendo dele. Não falou o que faria com a droga.

Após passar a situação para o Oficial de dia, o Coronel Casartelli foi chamado e depois de alguns processos, foram solicitados em uma sala para dar voz de prisão para o Soldado Matos e fazer as acusações. Não sabe exatamente para onde foi levada a droga. Não sabe dizer se o Soldado Gentil tinha alguma desavença com o Soldado Matos, mas ele teria relatado sobre o que viu por já ter sido acusado na semana anterior. O acusado estava no corredor ao lado quando foi procurar a carteira. O Soldado L. Matos falou que fumava fora do Quartel. Era motorista de dia. Não é da mesma turma de incorporação do Soldado L. Matos, sendo de 2018 e este de 2020. O alojamento é um espaço aberto, mas tem fileiras de armários que viram corredores. Durante a checagem, foi na frente e o Cabo Luã com o acusado atrás, em uma distância de mais ou menos cinco metros, ou seja, o Cabo estava tendo a visão enquanto procurava a carteira. O Soldado Gentil estava no mesmo ambiente da revista do armário e da cama, podendo ouvir o que estava acontecendo. Em uma conversa informal, Soldado L. Matos teria contado ao Soldado Gentil que tinha um negocinho. Desconhece desentendimentos com acusado, mas os outros recrutas ficaram brigados com ele por ter tido punições, que acabavam comprometendo a todos eles. O Soldado Gentil também estava em punição.

A testemunha de acusação Sd Samuel Alexandre Cardoso Gentil disse que (Evento 47):

Não tem nenhum tipo de desavença com o Soldado L. Matos. Ele foi preso por posse de droga (maconha). Sabia que ele tinha a substância entorpecente porque o acusado contou dentro do banheiro do Quartel. Não se recorda do que o acusado disse que faria com a droga. Não sabia qual substância era. Foi revistado. Contou para o Cabo Luã, mas não se recorda do que disse. Não foi encontrado dentro do armário, mas na carteira. Não estava no momento em que a droga foi encontrada. Quando foi perguntado, disse onde poderia estar a droga.

Estava de laranjeira. Seu armário e o armário do L. Matos foram revistados e não encontraram nada; deu sugestão de que deveria estar escondido em algum lugar, na cama ou na carteira. É da mesma turma de incorporação do Soldado L. Matos, em 2020. Não eram do mesmo Pelotão. Se recorda das instruções referente à justiça e disciplina e as consequências de portar droga em Quartel. Foi por volta de seis horas o tempo entre ter mencionado ao Cabo e ter sido realizada a revista.

A testemunha de Defesa Thiago Pereira Lopes mencionou que (Evento 48):

Serviu com o réu durante um ano. Ele era uma pessoa legal e inteligente. Não sabe se tinha algum tipo de problema junto com o Quartel ou se precisou buscar auxílio psicológico. Antes não sabia que era usuário de drogas, mas ele contou no decorrer do ano. Não disse o porquê de usar. É da mesma turma de incorporação do Soldado L. Matos; mesmo Pelotão. Recorda das instruções de justiça e disciplina sobre posse de drogas dentro do Quartel e suas consequências.

A testemunha de Defesa Tenente Dalila Silva Queiroz Tessitore expôs que (Evento 49):

Como Soldado, é da CCS, mas foi destinado a trabalhar com as funções da biblioteca e todos os dias ia para a seção. Por ser a superior do setor, em alguns momentos, ele chegou a mencionar que estava passando por alguns problemas em casa. Um dia, o pai dele foi até o CPOR e pediu uma audiência com o Sub Comandante Coronel Rezende para esclarecer alguns problemas pessoais e pediu uma psicóloga ou psiquiatra junto ao HMASP. Não tem conhecimento se o acusado teria usado substâncias entorpecentes. Dentro da seção, nunca teve problemas com ele e o outro Soldado.

O acusado Lucas Marinho Matos disse que (Evento 50):

Nunca foi processado criminalmente. Não tinha inimidade com o ex-Sd Gentil. A acusação é verdadeira. Quando era Soldado, no serviço obrigatório militar, fazia os trabalhos dele e algumas coisas interferiram no meio de trabalho, gerando punições pelo o que fez de errado. Ficou punido por cinco dias antes do ocorrido. Saiu na quarta-feira e voltou para o CPOR na quinta-feira, quando retiraram o documento dele e falaram que não poderia mais sair. Foi cumprir a punição. No sábado, totalmente tranquilo, por volta da hora da janta, o Cabo Matheus Luã, que era o Cabo de Dia, referiu-se a uma revista para ver se alguém estava com celular, algo do tipo. Percebeu que era sempre algo com ele. Olhavam-no bastante. Ficavam fazendo umas perguntas indiretas. Não encontraram nada no armário dele. Foram com ele na área da cama. Relataram que a carteira estava lá, debaixo do travesseiro. O acusado revistou a cama inteira, mochila, travesseiro, debaixo do colchão, da cama e a carteira dele não estava lá. A última vez que viu a carteira foi quando estava tomando banho. Reparou que a carteira tinha sumido. Leva a porta-cédula, pois tem dinheiro, documento.

Voltaram para a área do armário. O Matheus falou para o Cb Barreto “vai lá e dá uma revisada na cama do L Matos”. O Cb Barreto foi e voltou, cerca de um minuto depois, com a carteira do acusado em mãos. Antes, tinha negado que a carteira era dele. Depois, disse que sim. Foram para um espaço mais reservado, sendo aberta a carteira dele, retirando um velcro de dentro, que era maconha. É usuário. Por problemas de insônia, costuma usar. Não era frequente. Era pouco. Sempre se atentou bastante a não levar nada para o quartel. Para ele, trabalho é diferente de vida pessoal. No momento, estava triste, pois tinha saído de punição e entrado em outra. Foi muito pressionado,

dizendo que era dele. Teve medo de ficar preso e colaborou. Não tem ciência se a droga era dele ou não.

Na parte da manhã, foi, tomou banho e deixou a carteira perto de suas coisas. Conversou com o Sd Gentil, dizendo que tinha feito uso fora do quartel. Não mostrou a droga. Era na dele. Não teria motivo de chegar e mostrar a droga. Não falou que tinha nada com ele, na carteira ou no bolso. Não era laranjeira. Um dia antes de ser preso em flagrante, estava punido no quartel. Somente na quarta-feira que saiu. Nesse dia, foi ver a namorada, chegando a fumar. Não lembra de ter guardado na carteira. Fez o uso fora do quartel com a namorada. Como estava sofrendo muita pressão psicológica, acabou dando isso como uma desculpa. Normalmente, compra uma quantia e fuma. Quando sobra, guarda em um canto da casa. Já guardou no bolso, mas nunca dentro de carteira. Não tinha essa mania. Sabia que era crime portar substância entorpecente no interior da Organização Militar, tendo isso sido falado no começo da incorporação. O pai dele foi na Organização Militar relatar problemas psicológicos do acusado, as questões das punições. Entrou no Exército vibrando. No meio disso, errou e começou a ficar punido, sendo o seu nome envolvido em outras situações. Sentia-se triste por estar longe e não poder ajudar o pai.

Em razão do uso de drogas, não deixou de fazer as atividades cotidianas. É uma pessoa ansiosa. Via-se em desespero, não conseguindo dormir. Já chegou a ficar punido por quinze dias. Teve um choque de realidade, desencadeando em ansiedade, um pouco de depressão. Revistou a cama toda. A carteira dele não estava lá. O último contato dele com a carteira foi no banheiro. Não sabia que isso viria de uma pessoa próxima a ele. No banheiro, estavam o acusado e o Sd Gentil. Quando foi feita a revista, o Sd Gentil estava no corredor. O Cb Matheus Luã chamou o Sd Barreto para dar uma última inspecionada na cama do interrogando. O Sd Gentil estava no corredor perto do acusado. No momento da revista do armário, estava a testemunha de defesa arrolada neste processo. O acusado revistou a cama, a bolsa na frente do Cabo. A única coisa que não viu foi a carteira. No momento, não tinha ninguém perto da cama dele.

Em seu ponto de vista, eles já estavam com a carteira dele. Se soubesse que tinha algo na carteira, automaticamente a tinha escondido ou jogado fora a droga. Fizeram uma encenação para não falar que o Gentil o mencionou. Não pode falar que era próprio, pois não lembra, nem pode falar que alguém colocou na carteira dele. Não sabe se era dele ou se alguém teria a coragem de incriminá-lo. Pode ter passado dois dias com a maconha na carteira sem perceber. Foi surpreendido com a punição a partir de quinta-feira. Entregou a documentação e só manuseou a carteira nesse momento. Depois, não mais. Não tem possibilidade de a droga ser de quarta-feira, pois usou tudo com a namorada. Não tem certeza que era dele, que tinha guardado a droga na carteira. Quando terminou de tomar banho, deixou a carteira dentro de

uma bolsa em cima da cama. Deu falta da carteira, desde o momento da revista.

O MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar disse que o acusado estava sendo contraditório, tendo L. Matos falado que o último momento em que teve contato com a carteira foi no banheiro, já que a carteira fica dentro da bolsa. Havia mais pessoas, militares no corredor. Falou que não possuía carteira para o Cb Luã, pois já tinham revistado tudo e não tinham achado. Teve oportunidade de informar ao Cabo de maneira oficial sobre a falta da carteira, mas não falou isso, pois não sabia que estavam procurando algo dentro da carteira dele. Em nenhuma ocasião anterior aconteceu de esquecer a droga e levá-la para a Organização Militar. Entre as indiretas e a revista, se soubesse que tinha droga lá, não teria como descartá-la, pois nem sabia aonde a carteira estava.

No começo, quando foi tirar serviço, o Sargento Oficial de Dia disse que ele estava desatento, sendo que tinha ido ver um recruta que estava “gorfando” na cama. Na ronda, o Sargento passou e falou que o acusado não estava no lugar em que teria que estar sendo punido por dez dias. Ficou bastante abalado. Cumpriu a punição e veio outra, por estar sem a identidade. Ficou punido. Começou a gerar uma série de problemas: começou a dormir mal em casa, acordando desesperado por alguma coisa. Tinha parado de usar entorpecente. O pai dele começou a ver que o acusado estava bastante triste, não queria sair, comunicar-se. O pai o colocou em um psiquiatra. Começou a tomar um remédio para a ansiedade. Todos tinham ciência do problema que estava se desencadeando. O pai pediu, pouco depois de outubro, um laudo para o filho ir ao HMASP, só conseguindo realizar uma consulta em dezembro. Eles sabiam dos problemas que o acusado estava passando. Às vezes, era pego sentado, dormindo. Era “plotado” e ficava punido. Quando ia para a casa, ao sair de serviço, ficava muito ansioso. Fumava alguns dias para dormir. Não usava como um viciado.

Na fase do artigo 427 do CPPM, o *Parquet* Militar nada requereu (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 53). A Defesa, por sua vez, anexou documento e requereu a juntada do (Processo nº 7000258- 37.2020.7.02.0002, evento 57):

(...) histórico de punições sofridas pelo acusado, em que constem os períodos em que ele ficou detido; o histórico dos incidentes médicos ocorridos com o acusado (inclusive, se houver, os requerimentos feitos por ele ou parentes para que houvesse tratamento), constando quais foram as consultas e tratamentos pelos quais ele passou durante o período em que servia. Ainda, informações no sentido de esclarecer se, durante o aludido período, foram prescritos medicamentos a ele. Por fim, requer-se a juntada da documentação em anexo, que aponta alguns dos problemas de ordem psicológica pelos quais o acusado passava.

O Juízo *a quo* deferiu os pedidos defensivos (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 59), que foram respondidos por meio do Ofício nº 26-Comdo/CPOR/CMSP, do Comandante do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva e Colégio Militar de São Paulo, datado de 22/3/2021 (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 63, doc. 2).

Em Alegações Escritas, o *Parquet* requereu a condenação do Acusado por entender estarem comprovadas a autoria e a materialidade delitivas (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 87).

Por sua vez, a Defesa requereu: I) a absolvição do acusado pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da tutela penal contida no art. 290 do CPM, bem como do princípio da insignificância, e da subsidiariedade do Direito Penal; II) a absolvição do acusado, tendo em vista a ausência de dolo e de culpabilidade, bem como pela não comprovação da autoria delitiva; III) subsidiariamente, o afastamento do art. 290 do CPM, aplicando-se as medidas restritivas de direito previstas no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em atenção à alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.491/2017; IV) na hipótese de condenação, que fossem consideradas as atenuantes do art. 72 do CPM incidentes na espécie; a ausência de antecedentes penais; a natureza do crime, que não é de alta reprovabilidade nem foi cometido mediante violência, bem como a concessão da suspensão condicional da pena, com o direito de apelar em liberdade (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 90).

Em 11/5/2021, disponibilizou-se a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 11/5/2021, que condenou o ex-Sd Ex LUCAS MARINHO MATOS como incurso no delito de porte de entorpecente, previsto no art. 290, *caput*, do Código Penal Militar, à pena em 1 (um) ano de reclusão, com o benefício do *sursis* e com o direito de apelar em liberdade, fixando-se, ainda, o regime inicial aberto para eventual cumprimento da pena (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 114).

Em 24/5/2021, a Sentença do Juízo *a quo* transitou em julgado para o *Parquet* (Processo nº 7000258-37.2020.7.02.0002, evento 121).

Em 25/5/2021, a Defensoria Pública da União interpôs apelo em favor de seu Assistido (evento 1, doc. 1). Em suas Razões, requereu, preliminarmente, “a integral cognição de toda a matéria dos autos, de modo a se afastar qualquer alegação de preclusão das alegações defensivas” (evento 1, doc. 2).

No mérito, requereu, à semelhança dos pedidos deduzidos em sede de Alegações finais, I) a absolvição pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da tutela penal contida no art. 290 do CPM; II) a absolvição pela aplicação do princípio da insignificância e da subsidiariedade do Direito Penal, com a suficiência da punição disciplinar; III) a absolvição, tendo em vista a ausência

de dolo e de culpabilidade, bem como pela não comprovação da autoria delitiva, e IV) subsidiariamente, o afastamento do art. 290 do CPM, aplicando-se as medidas restritivas de direito previstas no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em atenção à alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.491/2017 (evento 1, doc. 2).

Em sede de Contrarrazões, o Ministério Público Militar sobrelevou o atino da Sentença de piso, requerendo sua manutenção (evento 1, doc. 4).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra da Exma. Sra. Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. HERMINIA CELIA RAYMUNDO, manifestou-se pelo desprovimento do Apelo (evento 6).

O eminente Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

## VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Recurso deve ser conhecido.

Antes de adentrar ao mérito do presente apelo, faz-se necessário o enfrentamento de pleito preliminar aduzido pela Defesa.

### PRELIMINAR DE COGNIÇÃO DE TODA A MATÉRIA DOS AUTOS

A Defensoria Pública da União aduziu (evento 1, doc. 2):

Preliminarmente, por se tratar o STM de um tribunal eminentemente recursal, tendo em conta o princípio do Duplo Grau de Jurisdição (Pacto de São José da Costa Rica), o presente recurso devolve ao STM (vertical e horizontalmente) a integral cognição de toda a matéria dos autos, de modo a se afastar qualquer alegação de preclusão das alegações defensivas, tendo em conta, ainda, o princípio da ampla defesa.

Pois bem, por várias outras ocasiões, esta Corte teve a oportunidade de apreciar idêntico requerimento formulado pela Defensoria Pública em sede de preliminar. Naquelas oportunidades, este Tribunal não as conheceu por entender que a matéria estava imbricada com a análise do mérito, esclarecendo, ainda, que o efeito devolutivo é inerente à apelação e deve ser balanceado com os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Ainda, a matéria devolvida à apreciação deste Tribunal deve circunscrever-se ao impugnado pelo Apelante, em obediência ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, o qual também limita o conhecimento e a análise àquelas questões que não foram alcançadas pela preclusão. Eventuais nulidades não atingidas pelo que dispõe o art. 504 do CPPM e que

sejam consideradas matérias de ordem pública deverão ser conhecidas por este Órgão.

Nesse prisma, confirmam-se os seguintes julgados:

**Apelação nº 144-09.2016.7.07.0007/PE.** Relator: Min. José Barroso Filho. Decisão unânime. Publicação DJE: 26/10/2017; **Apelação nº 136-03.2014.7.07.0007/PE.** Relator: Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Publicação DJE: 6/10/2017; **Apelação nº 139-84.2016.7.07.0007/PE.** Relator Gen Ex Marco Antônio de Farias. Decisão unânime. Publicação DJE: 1º/9/2017.

Portanto, como o Apelante não especificou sequer a matéria que eventualmente poderia ser excluída do exame desta Corte pelo advento de preclusão, figura a presente preliminar como mera discussão abstrata de Direito, carente, assim, de objeto concreto sobre o qual se possa lançar legítimo juízo a respeito da necessidade ou da impossibilidade de sua discussão em sede de Apelação.

Ante o exposto, **não conheço** da preliminar.

### MÉRITO

Insurge-se a Defensoria Pública da União contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 11/5/2021, que condenou o ex-Sd Ex LUCAS MARINHO MATOS como incurso no delito de porte de entorpecente previsto no art. 290, *caput*, do Código Penal Militar, à pena em 1 (um) ano de reclusão, com o benefício do *sursis* e com o direito de apelar em liberdade, fixando-se, ainda, o regime inicial aberto para eventual cumprimento da pena.

Para tanto, requereu: I) a absolvição pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da tutela penal contida no art. 290 do CPM; II) a absolvição pela aplicação do princípio da insignificância e da subsidiariedade do Direito Penal, com a suficiência da punição disciplinar; III) a absolvição, tendo em vista a ausência de dolo e de culpabilidade, bem como pela não comprovação da autoria delitiva, e IV) subsidiariamente, o afastamento do art. 290 do CPM, aplicando-se as medidas restritivas de direito previstas no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em atenção à alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.491/2017.

Não comporta deferimento o apelo defensivo. De início, aduziu a Defesa (evento 1, doc. 2):

No presente caso, ao se analisar as próprias finalidades da pena no direito penal, é evidente o descabimento de se falar em prevenção geral negativa, quando se pretende punir com restrição à liberdade, na maioria das vezes já um ex-militar. Isto porque, é pouco crível que tal medida

surta efeitos no comportamento dos demais militares e, assim, se tutele efetivamente o bem jurídico “hierarquia e disciplina militar”.

Quanto à prevenção especial negativa, deve-se notar a suficiência do rigoroso tratamento ao qual os acusados desta espécie delitiva são submetidos, sendo inclusive presos em flagrante (o que, aliás, jamais poderia ocorrer com o civil “usuário de drogas”, a quem se aplica as normas da Lei nº 9.099/1995). Além disso, eventos como os narrados no presente processo, por si só, já podem prejudicar a continuidade ou reingresso na carreira militar do acusado, o que já se mostra uma punição das mais rigorosas àqueles jovens vocacionados ou que sonham com a vida militar.

No que diz respeito à prevenção positiva (geral e especial), ressalte-se que, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em curso, o Ministro Relator Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de reconhecer a maior efetividade às medidas tendentes a, de fato, tutelar a saúde pública e do usuário de forma eficaz, mostrando-se descabido atribuir tratamento penal à conduta de “porte de drogas para consumo próprio” (...).

Quanto ao citado RE nº 635.659/SP, mencionado pela Defesa, observa-se que seu julgamento ainda não se concluiu, razão pela qual inexistente, até o momento, uma Decisão que acolha a tese por ela suscitada e que esclareça os possíveis efeitos aos julgamentos ocorridos nesta Corte Especializada.

Quanto ao tratamento penal dos crimes envolvendo entorpecentes no âmbito das Forças Armadas, observa-se que esta Corte, por diversas vezes, já analisou o tema, concluindo, sempre, por sua adequação à Constituição Federal, razão pela qual fora por ela recepcionado.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte aresto:

**EMENTA: APELAÇÃO. DPU. ENTORPECENTE (ART. 290 DO CPM). TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS. ART. 290 DO CPM. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. RECEPÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E DA SUFICIÊNCIA DE MEDIDAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 13.491/2017 E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE. INEXISTÊNCIA. MANTIDA A SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA. MANUTENÇÃO.**

Trata-se de dois ex-soldados do Exército Brasileiro flagrados trazendo consigo droga ilícita em lugar sujeito à Administração Militar. **2. Quanto à alegação defensiva de que seria inconstitucional a**

**criminalização do porte de drogas para consumo próprio, vale ressaltar que o tema é bastante conhecido e debatido no âmbito deste Tribunal, existindo inúmeros e reiterados julgados firmando o entendimento no sentido de que o art. 290 do CPM encontra-se em perfeita harmonia com a Constituição Federal de 1988 e com os tratados internacionais sobre o tema.** 3. A respeito dos Princípios da Insignificância e da Subsidiariedade do Direito Penal e da suficiência da repressão administrativa apontados pela Defesa, é consabido que, em face da especialidade da Justiça Castrense, a qual é dotada de uma legislação penal com regras peculiares, não há possibilidade de acolhimento do pleito defensivo de aplicação de tais princípios ou de punição meramente na esfera administrativa, eis que a conduta configura crime militar e não há nenhuma previsão legal que autorize a desclassificação para infração administrativa. Precedentes do STF e desta Corte. 4. O tipo penal descrito no art. 290 do CPM, além de proteger a saúde pública, tem como foco a tutela das Instituições Militares e de seus integrantes, e não apenas a conduta do agente em si. 5. Mesmo com a edição da Lei nº 13.491/2017, que alterou o art. 9º, II, do Código Penal Militar, de forma a ampliar as hipóteses da ocorrência de crimes militares, não é cabível a incidência, ao caso concreto em comento, dos institutos despenalizadores de que trata o art. 28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), eis que o art. 290 do CPM se manteve intacto e vigente, ou seja, não foi alterado nem revogado, sobressaindo-se, em relação aos dispositivos da Lei de Drogas, como norma especial a ser aplicada ao feito (Princípio da Especialidade). Além disso, o caso em tela se amolda ao previsto no inciso I (e não no inciso II) do art. 9º do CPM. Frise-se que o tratamento legal acerca da posse e do uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei nº 11.343/06. 6. O dolo da conduta se revela presente para ambos os acusados. A autoria e a materialidade delitivas estão devidamente comprovadas, e os fatos afiguram-se como típicos, antijurídicos e culpáveis, devendo ser mantida a condenação imposta aos Apelantes pelo Colegiado a *quo*. 7. Negado provimento ao Apelo Defensivo. Decisão unânime.

(STM. Apelação nº 7000427-50.2021.7.00.0000. Relator: LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 16/9/2021. Data de Publicação: 30/9/2021.) (Grifos nossos.)

Portanto, o reproche penal imposto ao Acusado, por si só, não se revela desconforme com a Carta Maior, nem mesmo quando analisadas as prevenções geral e especial negativas que advêm da pena, uma vez que, como se verá mais detidamente ao longo do voto, o tratamento díspar conferido ao porte e à guarda de substância entorpecente no âmbito das Forças Armadas origina-se das especificidades da vida Castrense.

Para mais, aduz a Defesa que o Acusado deve ser absolvido ante a incidência do princípio da insignificância e da subsidiariedade do Direito Penal, com a suficiência, no presente caso, da punição disciplinar.

Discorda-se.

Esta Corte Castrense já firmou o seu entendimento a respeito da não incidência do princípio da insignificância nos crimes que envolvem entorpecentes, o que foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. POSSE DE ENTORPECENTE EM LOCAL SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. COMBINAÇÃO LEGAL. LEI Nº 13.491/2017. LEI Nº 11.343/2006, ART. 28. NOVO PARADIGMA PUNITIVO. PEDIDO DE ENQUADRAMENTO. INADEQUAÇÃO. ART. 290 DO CPM. PREVALÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. GRAVIDADE DOS FATOS. TENTATIVA DE MINIMIZAÇÃO. **PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. BENS TUTELADOS. APELO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.**

1. A posse de substância entorpecente em área sob a Administração Militar permanece sujeita aos paradigmas punitivos de outrora. O art. 290 do CPM perdura irretocável como norma apropriada no sistema repressivo castrense, em face da sua natureza tipológica, dos valores defendidos pelos seus efeitos, dos bens jurídicos tutelados no âmbito das Forças Armadas, da sua harmonia com o texto constitucional e da mais clara e ampla incidência do Princípio da Especialidade. Assim, a Lei nº 13.491/2017 foi sancionada para reforçar a proteção da “ultima ratio” do Estado; portanto, jamais poderia ter efeito inverso, ou seja, tornar as instituições militares vulneráveis às ameaças (potenciais e reais) produzidas pelos entorpecentes. Nesse campo de valores e de interesse público, o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 não substitui, na hipótese, sobretudo no âmbito da prevenção geral e especial, o art. 290 do CPM. Precedentes.

**2. Os Princípios da Proporcionalidade e da Insignificância são interpretados conforme a base constitucional da Justiça Castrense. No tocante ao art. 290 do CPM, a tese de atipicidade material, calcada no “quantum” de substância apreendida, não encontra eco na jurisprudência do STM e do STF. Essa ótica distorcida menospreza o potencial destrutivo que os entorpecentes, independentemente da quantidade e da variedade, causam no seio do contingente militar, tendo sérias implicações na disciplina militar e na funcionalidade da tropa. O referido tipo escuda a saúde do usuário e, principalmente, a integridade física dos demais integrantes das Forças Armadas e da segurança orgânica nos quartéis. Para além, frise-se que a quantidade de droga apreendida não constitui elemento normativo exigível para a configuração do crime em questão.**

3. Sentença condenatória irretocável. Não provimento do Recurso defensivo. Decisão unânime.

(STM. Apelação nº 7000732-68.2020.7.00.0000. Relator MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Data de Julgamento: 22/4/2021. Data de Publicação: 30/4/2021). (Grifos nossos).

No âmbito da Suprema Corte:

EMENTA: Habeas corpus. Penal e processual penal militar. **Posse de entorpecente em local sujeito à administração militar (art. 290, CPM)**. Ação penal. Interrogatório. Realização ao início da instrução (art. 302, CPPM). Nulidade. Inexistência. Processo já sentenciado. Prevalência do princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). Precedente. Persecução criminal. Denúncia anônima. Deflagração de diligências preliminares. Admissibilidade. Precedentes. Laudo pericial. Subscrição por um único perito. Admissibilidade. Inteligência do art. 318 do Código de Processo Penal Militar. Artigo 290 do Código Penal Militar. Constitucionalidade. Norma penal em branco. Incidência da Portaria nº 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. **Princípio da insignificância. Inaplicabilidade.** Precedente. Ordem denegada. 1. O Plenário do Supremo Tribunal, no HC nº 127.900/AM, de minha relatoria, DJe de 3/8/16, fixou orientação no sentido de que a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.719/08, também se aplica às ações penais em trâmite na Justiça Militar. 2. A Corte, após deliberar, em atenção ao princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI), que aquela orientação se aplica, a partir da publicação da ata de julgamento do HC nº 127.900/AM, a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, determinou a sua incidência apenas nas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. 3. Na espécie, como a sentença condenatória foi proferida em 22/7/14, não há que se cogitar de anulação da ação penal para que o paciente seja submetido a novo interrogatório. 4. Nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal Militar, “as perícias serão, sempre que possível, feitas por dois peritos, especializados no assunto ou com habilitação técnica, observado o disposto no art. 48”. 5. A exigência de que a perícia seja subscrita por dois peritos admite exceções, não se tratando de imposição absoluta, razão por que é irrelevante que o laudo definitivo tenha sido subscrito por apenas um perito oficial. Precedentes. 6. O art. 290 do Código Penal Militar, assim como o art. 33 da Lei nº 11.343/06, é uma norma penal em branco, cujo preceito primário necessita de complementação por outra disposição legal ou regulamentar. 7. Essa disposição regulamentar é a Portaria nº 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, que contém a lista das substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, dentre elas o THC (tetrahydrocannabinol), aplicável tanto ao Código Penal Militar quanto à Lei nº 11.343/06. 8. A Portaria SVS/MS nº 344/98 se aplica diretamente ao Código Penal Militar, por se tratar do ato normativo geral que dispõe sobre substâncias entorpecentes, sem necessidade de intermediação da Lei nº 11.343/06. **9. O Plenário do Supremo Tribunal, no HC nº 103.684/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 13/4/11, assentou a inaplicabilidade do princípio da insignificância à posse de quantidade reduzida de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do Código Penal Militar), bem como**

suplantou, ante o princípio da especialidade, a aplicação da Lei nº 11.343/06. 10. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade do art. 290 do Código Penal Militar. 11. Ordem denegada.

(STF. HC 128894, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 27-09-2016 PUBLIC 28-09-2016). (Grifos nossos).

É perfeitamente aceitável que determinadas condutas, indiferentes ao manejo da justiça penal comum, sejam consideradas graves o suficiente para a deflagração do processo penal militar.

Isso ocorre em função das peculiares relações jurídicas atinentes à caserna, sobre as quais se estruturam as Forças Armadas. Pode ser que o porte de uma pequena quantidade de substância entorpecente no meio civil passe despercebido. No entanto, o militar que portar qualquer quantidade de substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar coloca em risco os bens jurídicos mais caros à existência de um corpo armado.

Sabe-se que a tipificação do delito em comento tutela a saúde pública, em primeiro plano, e, em segundo momento, a saúde, a integridade física e a vida da própria pessoa, considerada individualmente.

O tráfico, posse ou uso de substância entorpecente em ambiente militar, além de absolutamente reprovável, possui grau de ofensividade e de periculosidade suficiente para caracterizar a potencialidade lesiva, independentemente do resultado lesivo à saúde das pessoas.

Portanto, a conduta do Acusado reclama, para além de qualquer dúvida razoável, o reproche penal militar, não podendo ser adequadamente censurada de qualquer outra maneira.

A Defensoria Pública da União requereu, ainda, a absolvição de seu assistido pela ausência de dolo e de culpabilidade, bem como pela não comprovação da autoria delitiva.

Sobre o momento da apreensão da substância, os autos esclareceram, sem qualquer contestação, que, em 5 de setembro de 2020, fora, primeiramente, realizada uma revista no armário e na cama do Acusado, oportunidade em que nada de ilícito se encontrou.

Porém, após cerca de 1 (um) minuto, fez-se nova conferência na cama do Acusado, sendo encontrada a sua carteira. No interior desse objeto, havia um invólucro plástico contendo maconha.

Analisando seu interrogatório, tem-se que o próprio Acusado afirmou, em Juízo, que, caso tivesse a consciência de que portava entorpecente em sua carteira, ele, de pronto, teria escondido a carteira ou se desfeito da droga.

Ora, das duas alternativas, o que se constata é que o Acusado, de fato, escondeu a droga. Nesse sentido, tem-se que o objeto foi encontrado em sua cama, em local de difícil localização, tanto que, na primeira revista, logrou êxito em ludibriar seus superiores que acompanhavam a diligência.

As provas dos autos convergem, portanto, para a conclusão de que o Acusado sabia da existência do entorpecente entre seus pertences, razão pela qual buscou esconder sua carteira.

Outrossim, essas conclusões são corroboradas, igualmente, pelo fato de o Acusado ter afirmado que não possuía sequer uma carteira, quando questionado a respeito da ausência do objeto.

Se, de fato, tivesse notado, quando perguntado, que não sabia onde estava sua carteira, conforme declarou, certamente teria dito isso, ao invés de ter mentido. A toda evidência, está-se diante de alguém que buscou, a qualquer custo, desvencilhar-se da responsabilidade criminal de suas ações.

Assim o Acusado, primeiro, escondeu sua carteira, segundo, afirmou que não possuía tal objeto, terceiro, flagrado, insinuou fantasiosa versão, segundo a qual estaria sofrendo perseguição de seus pares, de modo que alguém teria introduzido, sem seu conhecimento, o entorpecente entre seus pertences, com o fito de incriminá-lo.

Não é possível, contudo, creditar a versão do Acusado, que se revela deveras contraditória. Ora, com que finalidade teria ele afirmado falsamente que não possuía carteira, senão para ocultá-la? E por que o Acusado tentaria ocultar seus pertences, senão por saber da presença do entorpecente? As perguntas ficam sem resposta.

Mais fácil é crer no óbvio. O Acusado sabia que portava entorpecente e tentou escondê-lo, com o fito de não ser penalizado pela conduta que sabia ser criminosa.

Inclusive, sobreleva-se o fato de que as testemunhas Cb Matheus Luã Ferreira da Silva e Sd Breno Barreto de Carvalho narraram em seus depoimentos prestados em Juízo, com o dever de dizer a verdade, sob as penas da Lei, que o Acusado, após ter sido surpreendido com a descoberta da carteira com o entorpecente, confessou-lhes que a substância proscrita lhe pertencia.

Sobre a hipótese de o Acusado ter adentrado a Organização Militar com a substância entorpecente na sua carteira por mero esquecimento, cumpre ressaltar que esta Corte, por vezes, tem enfrentado teses semelhantes, de forma que já se encontra pacificado o entendimento segundo o qual o militar que assim age assume o risco de trazer consigo a substância proscrita, razão pela qual deve ser igualmente punido por sua conduta delitiva.

Nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). ART. 290, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). PRELIMINAR. NULIDADE DO FEITO. LAUDO PERICIAL ASSINADO POR APENAS UM PERITO. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. NÃO ACOLHIMENTO. ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR. **AUSÊNCIA DE DOLO. MERO ESQUECIMENTO. NÃO APLICABILIDADE.** PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. NÃO INCIDÊNCIA NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. CONDIÇÕES DO *SURSIS*. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO UNÂNIME.

I- Preliminar de Nulidade do Feito suscitada pela Defensoria Pública da União em razão de laudo pericial assinado por apenas um perito. A jurisprudência desta Corte Castrense, respaldada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), firmou-se no sentido de que o laudo subscrito por um único perito oficial oriundo de Órgão Público não enseja nulidade. Preliminar rejeitada. Unanimidade. II - A incidência do art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como dos institutos despenalizadores da legislação comum, é afastada pelo Princípio da Especialidade, que impõe a aplicação da norma penal castrense e não da Lei de Drogas. A edição da Lei 13.491/2017 não teve o condão de alterar o entendimento já consolidado por esta Corte. III - **A alegação de ausência de dolo em razão de suposto esquecimento não afasta o elemento subjetivo do tipo penal, uma vez que as circunstâncias do caso concreto demonstram, ao menos, o dolo eventual. Configuração dos elementos constitutivos do tipo.** IV - O Princípio da Insignificância não se aplica ao crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, independentemente da qualidade ou quantidade de droga apreendida, porquanto a prática em questão é, *per se*, apta a vulnerar de maneira direta e indireta a regularidade das instituições militares, consoante o entendimento da Suprema Corte e deste Tribunal. V - *In casu*, estão plenamente comprovadas a autoria e a materialidade delitivas, conforme o farto lastro probatório. A conduta perpetrada é típica, antijurídica e culpável, portanto, a condenação é medida que se impõe. Contudo, merece alteração a exclusão da condição do *sursis* prevista na alínea "a" do art. 626 do Código de Processo Penal Militar (CPPM). VI - Preliminar rejeitada. Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão de mérito unânime.

(STM. Apelação nº 7001463-98.2019.7.00.0000. Relator: PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 21/5/2020. Data de Publicação: 02/06/2020). (Grifos nossos).

Acerca da culpabilidade, aduz a Defesa:

O réu, sobre essa questão, apontou que, quando começou a tirar serviço, chegaram a falar para ele que ele estava desatendo, tendo sido punido já por 10 dias. Ficou abalado, mas cumpriu a punição. Também

foi punido por não estar com a identidade, e a partir daí diversos outros problemas passaram a ocorrer. Não dormia mais bem. Acordava sempre no susto. Antes do Serviço Militar usava entorpecentes, mas depois parou. Todavia, após o ocorrido passou a fumar novamente maconha para dormir. Passou a passar por mais problemas, e seu pai percebeu. Vieram mais punições. Foi ao psiquiatra, e passou a tomar remédios.

Tais circunstâncias chegaram a ser faladas no Quartel. Pai chegou a pedir laudo do HMASP, mas isso demorou muito. Pediram em outubro, e a consulta passou a ocorrer somente em dezembro. Nem pela consulta queriam que ele passasse, pois estava punido. Um de seus maiores problemas era o sono, e a maconha o ajudava com o sono.

Ainda, os documentos acostados na fase do art. 427 do CPPM foram bem elucidativos, a demonstrar as dificuldades psicológicas pelas quais o acusado estava passando. Nesse ponto, o laudo constante do evento 63 aponta que o acusado, à época em que foi examinado (10/12/2020), passava por problemas mentais, condizentes com transtorno de adaptação à realidade castrense.

Vê-se ainda, nos documentos, que desde setembro de 2020 tais alterações foram detectadas, isso após avaliação advinda de pedido do próprio pai do réu. Como se verifica, há mais de um ou dois ou três documentos que apontam a situação pela qual o acusado vinha passando.

(...)

A prova dos autos é consistente no sentido de que o acusado aparentava um estado de desespero/transtorno, não sendo razoável exigir-se dele, nessas circunstâncias, comportamento diverso, o que desafiaria as regras ordinárias de experiência, o bom-senso e a própria natureza humana.

Assim sendo, tendo-se em conta que o Direito não poderia exigir do acusado conduta diversa da que adotou requer-se a sua ABSOLVIÇÃO por ausência de culpabilidade.

Não há como concordar com a tese defensiva.

Nenhuma das situações pelas quais o Acusado estava passando justifica sua conduta. É dizer em outras palavras: ainda que estivesse atravessando sérias dificuldades na adaptação à vida da caserna, o Acusado, em hipótese nenhuma, deveria ter levado substância entorpecente para o Quartel.

Não se trata aqui de alguém que não tem condição de identificar o caráter ilícito de sua conduta ou de se autodeterminar de acordo com esse entendimento, o que, diga-se, só poderia ser atestado por meio do competente incidente de insanidade mental. O próprio Acusado e sua Defesa técnica admitem que ele não se trata de um adicto, cuja vontade fora suprimida pelas necessidades químicas, mas sim de um usuário intermitente, que faz uso de drogas para ajudar seu sono.

É preciso dizer o óbvio, o militar que introduz entorpecente nas dependências de uma Organização Militar coloca em risco toda a tropa. Nem a dificuldade de dormir, nem os problemas de adaptação às Forças Armadas, nem as recorrentes punições disciplinares, nenhum dos desafios enfrentados pelo Acusado torna irrazoável a simples exigência de não portar e não guardar maconha no Quartel.

Por fim, requer a Defesa o afastamento do art. 290 do CPM e a aplicação das medidas restritivas de direito previstas no artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, em atenção à alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.491/2017.

Ocorre que o citado tipo constante do Código Penal Militar é especial em relação à Lei nº 11.343/2006, observando-se a presença de fator de especialização incontornável, traduzido pela expressão: “em lugar sujeito à administração militar”.

Inexiste dúvida no presente feito quanto ao fato de o entorpecente ter sido encontrado em local sujeito à Administração Militar, mais especificamente no alojamento da guarda do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo.

Em razão de serem esclarecedores, transcrevo trecho pertinente do voto do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius de Oliveira, proferido nos Embargos de Declaração nº 7000121-23.2017.7.00.0000, julgados em 13/3/2018 por esta Corte, que trata do fator especializante encerrado na expressão “em lugar sujeito à administração militar”, cujos fundamentos adoto igualmente como razão de decidir:

A Lei nº 13.491/2017, que alterou o inciso II do art. 9º do CPM, passou a prever a possibilidade de aplicação, nesta Justiça Especializada, de tipos penais não previstos na parte especial do Código Penal Militar, quando a conduta for praticada nas situações descritas nas alíneas do citado artigo, *in verbis*:

II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017).

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

Em outras palavras, com a alteração do conceito de crime militar, passou a ser de competência desta Justiça Especializada, os delitos que mesmo não tipificados na parte especial no CPM enquadrem-se nas alíneas do inciso II do seu art. 9º. Esses passaram a ser chamados de “crimes militares extravagantes” por Cícero Robson Coimbra Neves e de “crimes militares por extensão” por Ronaldo João Roth.

Alega a DPU que, após a referida alteração, o Código Penal Militar passou a ser uma “norma geral com relação às normas que disciplinam temas específicos como a lei de organização criminosa, a lei de terrorismo, etc. E assim sendo, tais leis específicas e posteriores teriam derogado os dispositivos do CPM com elas incompatíveis.

De início, cumpre afastar a alegação defensiva de que, com a edição da nova lei, o CPM deixou de ser norma especial e que qualquer norma pode disciplinar um delito militar.

A doutrina traz diversos conceitos para a especialidade conferida ao Direito Penal Militar.

MIRABETE e DAMÁSIO entendem que o Direito Penal Militar é especial em razão da sua aplicação pela Justiça Militar.

Já COIMBRA NEVES, citando Célio Lobão, entende que a especialidade do Direito Penal Militar decorre do caráter *sui generis* dos bens jurídicos por ele tutelados, *in verbis*:

(...) o Direito Penal Militar é especial em razão do bem jurídico tutelado, isto é, as instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar (...).

Nesse diapasão, o CPM continua a gozar de especialidade, seja pela competência para processo e julgamento de delitos militares por esta Justiça Especializada, seja pelos bens jurídicos específicos por ele tutelados.

E ainda que a Lei nº 13.491/17 tenha alargado as hipóteses de crime militar, permanece a necessidade de tutela aos mesmos bens jurídicos e a obrigatoriedade de enquadramento no art. 9º do CPM. Assim, dúvidas não há quanto à especialidade do Direito Penal Militar.

A expressão “em local sujeito a administração militar”, constitutiva do tipo penal do art. 290 do CPM, é o elemento especializante da norma penal, tornando o referido tipo, norma especial em relação ao art. 28 da Lei de Drogas.

Afastados os argumentos defensivos tendentes a reformar a Sentença condenatória e constatadas a autoria e a materialidade delitivas, faz-se forçoso o desprovimento do Apelo defensivo.

Ante o exposto, **nego provimento** ao Apelo defensivo, para manter, na íntegra, a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento 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, suscitada pela Defesa, de cognição de toda a matéria ventilada nos autos. No mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo defensivo, para manter, na íntegra, a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 11 de novembro de 2021 – Alte Esq Leonardo Puntel, Ministro-Relator.

---

---

**APELAÇÃO Nº 7000549-63.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros.

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

Apelante: Ministério Público Militar.

Apelada: Lenise Machado Süssenbach.

Advogado: Dr. Rafael Scherer Politano (OAB: RS 63723).

---

**EMENTA**

APELAÇÃO. ART. 312 DO CPM. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. APELO MINISTERIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR INCOMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR O FEITO E DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. REJEITADAS. PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL PARA CONDENAR A RÉ. UNANIMIDADE.

Comete o delito de falsidade ideológica o civil que omite, em documento particular, informação que deveria ser conhecida pela Administração Militar, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, atentando contra a Administração e o Serviço Militar.

A Lei nº 13.774/2018, que alterou a Lei nº 8.457/92, conferiu competência ao Juiz Federal da Justiça Militar para o julgamento de réus civis à época da prática delitiva, como na hipótese dos autos. Preliminar de incompetência que se rejeita. Decisão unânime.

Nos crimes de falsidade, o termo inicial da prescrição ocorre na data em que o fato se tornou conhecido. Dessa forma, não há como reconhecer a prescrição a partir da data em que o documento falsificado foi assinado e entregue à Administração Militar, permanecendo em sua posse. Preliminar de prescrição rejeitada. Decisão unânime.

Autoria e materialidade do delito sobejamente comprovadas, sendo inquestionável a relevância jurídico-penal da conduta da agente e o prejuízo à Administração Militar. Para se configurar o crime de falsidade ideológica, é imprescindível a existência do dolo e a intenção de prejudicar direito, no intuito de modificar verdade atinente a fato juridicamente relevante. No caso dos autos, verificase o dolo específico da Ré em omitir declaração que deveria constar no documento particular apresentado para ingresso no Exército Brasileiro, a demonstrar a tipicidade da conduta prevista no artigo 312 do CPM, na modalidade “omitir”.

Inquestionável o total conhecimento da Acusada quanto à informação que deveria prestar nos documentos, ante as inúmeras ocasiões em que foi informada sobre qual conteúdo deveria constar naquelas declarações.

Ao omitir, na declaração de tempo de serviço público anterior à incorporação, o tempo que possuía, a Ré fez muito mais do que apenas deixar de ganhar pontos no certame, pois, caso declarasse o real tempo anterior de serviço público, teria que necessariamente comprová-lo, e não poderia concorrer à vaga de Oficial Temporário do Exército Brasileiro em face da vedação editalícia.

Condenação que se impõe. Recurso ministerial provido. Unânime.

---

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente a Dra. Maria Ester Henriques Tavares, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar de nulidade da Sentença, por incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para julgar monocraticamente o feito; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de prescrição da pretensão punitiva arguida pela Defesa. No mérito, **por unanimidade**, deu provimento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença **a quo** e condenar LENISE MACHADO SÜSSENBACH à pena de 1 (um) ano de reclusão pela prática do delito previsto no art. 312 do CPM, concedendo-lhe o benefício do **sursis** pelo prazo de 2 (dois) anos, nas condições anteriormente descritas e o regime inicialmente aberto, designando o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM para presidir a audiência admonitória, de acordo com o previsto no art. 611 do CPPM, nos termos do voto do Relator Ministro Cláudio Portugal de Viveiros.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Pérciles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth e Carlos Augusto Amaral Oliveira. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) fará declaração de voto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 9/12/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR contra a Sentença do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM, que julgou improcedente o pedido acusatório e absolveu a Acusada **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** da imputação do crime previsto

no artigo 312, *caput*, do CPM (falsidade ideológica em documento particular), com base no art. 439, alínea “b”, do CPPM.

Narra a Exordial acusatória (evento 1, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203):

(...) Consta do incluso Inquérito Policial Militar nº 00000094-58.2019.7.03.0203 que a denunciada **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, na condição de civil, em 7 de julho de 2011, omitiu, em documento particular apresentado à Comissão de Seleção Especial para ingresso nas Forças Armadas, na cidade de Bagé-RS, declaração que nele deveria constar sobre fato juridicamente relevante, que atentou contra a administração militar.

Segundo o apurado, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** participou do Edital de Convocação de MÉDICO(A), FARMACÊUTICO(A), DENTISTA E VETERINÁRIO(A) para o ano de 2012, o qual CONVOCAVA À SELEÇÃO “para a prestação do Serviço Militar em Organizações Militares de cada Força Singular (Marinha do Brasil, Exército Brasileiro e Força Aérea Brasileira), na área da 3ª Região Militar (RS), na condição de oficiais da reserva de 2ª classe, os brasileiros natos regularmente matriculados nos Institutos de Ensino, oficiais ou reconhecidos, destinados à formação de Médicos, Farmacêuticos, Dentistas ou Veterinários (LEMF DV), ou diplomados pelos referidos institutos”.

Consta dos autos que **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, na condição de dentista, participou do processo seletivo, o qual, segundo o Edital, exigia, dentre os documentos obrigatórios à seleção inicial, “**Declaração de Tempo de Serviço Público Anterior**, conforme modelo previsto no site [www.3rm.eb.mil.br](http://www.3rm.eb.mil.br)” (item 6, g, 10) (...).

Por oportuno, registra o MPM que, embora contenha o brasão da República, a natureza jurídica do documento foi considerada particular em razão de que o conteúdo do mesmo não foi firmado por um servidor público no exercício do seu mister.

Segundo o apurado, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** era, desde 19 de janeiro de 2010, servidora estatutária da Prefeitura Municipal de Bagé, especificamente na Secretaria Municipal de Saúde, como odontóloga, matrícula nº 10190, com carga horária de 20 horas semanais, vínculo que mantém até a presente data.

Conforme se observa na declaração, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** utilizou um “traço horizontal” nos campos que deveriam ter sido preenchidos com algarismos, os quais descreveriam os anos, meses e dias “de tempo de serviço prestado a órgão público, seja ele constante da administração direta, indireta, autárquica ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, anterior a minha convocação como Oficial Temporário, que possa ser averbado na contagem total de meu tempo de serviço”, sendo que, com este artifício, a **denunciada** induziu a

administração militar a erro, pois considerou que **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** não tinha tempo de serviço público anterior, em razão de que, na interpretação usual, este símbolo significa que não há informação a preencher, sendo inverossímil a alegação da denunciada que “no momento que prestou esta declaração não possuía os dados exatos não colocando os algarismos na Declaração a fim de evitar o preenchimento de forma incorreta” (Evento 12, Doc. 3, fl.18).

Uma simples análise da declaração permite asseverar que a assinatura de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** foi reconhecida por autenticidade pelo 1º Tabelionato de Notas de Bagé, **não sendo crível que uma pessoa com formação superior se dirija ao Cartório para fazer uma declaração onde nada declara**, quando poderia facilmente ter, primeiramente, se dirigido à Prefeitura de Bagé e requerido uma certidão de tempo de serviço, preenchendo a declaração com informações corretas.

Consta dos autos que **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** foi, então, **incorporada** ao Exército Brasileiro, no dia 1º de fevereiro de 2012, no posto de aspirante-a-oficial, convocada para realizar a 1ª Fase do Estágio de Adaptação e Serviço (EAS) no 3º Regimento de Cavalaria Mecanizado, organização militar sediada em Bagé-RS, sendo que, em 16 de março de 2012, apresentou-se no Hospital da Guarnição de Bagé, onde serviu até 31 de janeiro de 2019, quando foi licenciada, no posto de 1º Tenente. Oportuno mencionar que as Folhas de Alterações de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, do primeiro semestre de 2012, transcreve outra declaração da **denunciada**, datada de 01/02/2012, onde a mesma afirma, de maneira categórica, que não possuía tempo de serviço público anterior à convocação (Evento 12, Doc. 2, fl. 32).

(...)

Consta dos autos um recibo que assevera **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** recebeu as folhas de alterações relativas ao primeiro semestre de 2012 em 07/08/2012.

(...)

Assim, a primeira intenção ardilosa de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** foi, então, consumada: evitar que a administração militar tivesse conhecimento que a **denunciada** mantinha vínculo como servidora estatutária da Prefeitura Municipal de Bagé, pois, na época dos fatos, era vedado ao militar das Forças Armadas, ainda que profissional da saúde, ter outro emprego público.

O Edital de Convocação (item 13, e) vedava taxativamente a cumulação (Evento 12, Doc. 7, fl. 11).

“e. O Serviço Militar não poderá ser prestado cumulativamente com qualquer cargo, emprego ou função pública, ainda que da administração indireta.”

Posteriormente, quando era convocada a apresentar nova declaração de tempo de serviço anterior à convocação, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** passou a utilizar-se de outro ardil, com intuito de manter a administração militar em erro, alterando o teor do documento, fazendo uma declaração desconexa com o seu propósito. Tal situação ocorreu, por exemplo, em 9 de outubro de 2012 (Evento 12, Doc. 2, fl. 21).

(...)

Como facilmente se percebe pela leitura do documento acima, o mesmo não tem nenhuma lógica, pois se trata de uma “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”, mas a **denunciada** declara um tempo de serviço futuro de serviço militar. Transcrevemos.

“em 31 JAN 13, **POSSUIREI**, 01 (um) ano, 00 (zero) meses e 00 (zero) dias de tempo de serviço prestado no Exército Brasileiro como Oficial Dentista Temporário no Estágio de Adaptação e Serviço (EAS), anterior a minha convocação para a realização do Estágio de Instrução de Serviço (EIS), que possa ser averbado, futuramente, na contagem total de meu tempo de serviço como militar temporário do Exército.” (sic) (destaques no original).

Além disto, ainda que se ignore que o verbo (possuirei) foi separado por vírgula do seu objeto, um erro crasso que não costuma ocorrer nestes documentos, os quais são padronizados, a parte final é um acinte à inteligência, pois, segundo a declaração, o motivo da mesma seria que este tempo “possa ser averbado, futuramente, na contagem total de meu tempo de serviço como militar temporário do Exército”, como se um tempo de serviço futuro pudesse ser averbado como tempo passado.

Na verdade, o intuito de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** com esta prática era manter a administração militar em erro, fazendo uma declaração verdadeira sobre seu tempo de serviço militar futuro (que teria um ano de serviço militar em 31/01/2013), em um documento que objetivava o tempo de serviço público anterior à convocação, pois, como uma contumaz falsária, acreditava piamente que os militares que manuseassem o documento iriam se ater apenas aos números relativos ao tempo de serviço e não sobre o quê os mesmos diziam respeito.

E este artifício foi utilizado uma segunda vez, em 10 de março de 2016, quando **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** teve que prestar nova “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”.

(...)

Além disto, embora a declaração devesse se referir a tempo de serviço público anterior à convocação, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** consignou seu tempo de serviço militar em 31/01/2013, informação

totalmente irrelevante e de conhecimento do Exército. Transcrevemos a declaração.

“em 31 JAN 13, POSSUIA, 01 (um) ano, 00 (zero) meses, 00 (zero) dias de tempo de serviço prestado no Exército Brasileiro como Oficial Dentista Temporário no Estágio de Adaptação e Serviço (EAS), anterior a minha convocação para a realização do Estágio de Instrução e Serviço (EIS), que possa ser averbado, futuramente, na contagem total de meu tempo de serviço como militar temporário do Exército.” (sic)

A estratégia de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** persistia a mesma. Declarar algo verdadeiro, mas desconexo com o propósito do documento, pois provavelmente a pessoa que o manusearia se ateria apenas aos números e não ao teor da declaração.

Ocorre que a “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCACÃO”, datada de 10 de março de 2016, foi determinada pela Direção do Hospital de Guarnição de Bagé, onde servia **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, em razão de que, em 2015, fora descoberto que a Tenente Dentista Mônica Cristine Assmann Hippler, que servia no HGuBa, tinha feito declaração de tempo de serviço público falsa, com intuito de obter a estabilidade, que resultou na Ação Penal nº 0000082-71.2016.7.03.0203, sendo a oficial condenada em sentença transitada em julgado.

Assim, mesmo sabendo que sua colega de profissão estava respondendo a uma investigação criminal por ter falsificado a declaração de tempo de serviço, o que motivou que a OM fizesse nova conferência, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** não se intimidou e novamente emitiu uma declaração desconexa com a finalidade do documento.

Importante mencionar, ainda, que neste momento, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** ainda não tinha consumado o seu segundo desiderato, o de permanecer além do tempo legalmente previsto no Exército, e poderia ter desistido voluntariamente da prática criminosa, mas assim não agiu.

Segundo o apurado, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, ao omitir a informação sobre o seu tempo de serviço público anterior à convocação, tinha também a intenção de permanecer mais tempo no Exército do que os regulamentos permitiam, pois o oficial temporário só pode permanecer na Força até completar 8 (oito) anos de serviço público, incluindo o tempo de serviço público anterior à convocação.

Esta regra constatava, por exemplo, na “FICHA DE INSCRIÇÃO PARA CONVOCACÃO DE OFICIAL R/2”, assinada por **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, em 9 de outubro de 2012. Transcrevemos (Evento 12, Doc. 7, fls. 15-17).

“d. O Oficial Temporário do EIC não poderá ultrapassar o tempo máximo de oito anos de efetivo serviço, contínuos ou interrompidos, computados, para esse efeito, todos os tempos de serviço (inicial, de estágios, prorrogações e outros). Parágrafo I e II do Artº 48 das IG 10-68 – Port Nr 462 – Cmt Ex, de 21 AGO 03 (Alterada pela Portaria Nr 528, de 29 JUN 10);

e. O Oficial Temporário do EIS e do EST não poderá ultrapassar o tempo máximo de oito anos de efetivo serviço, contínuos ou interrompidos, computados, para esse efeito, todos os tempos de serviço público (inicial, de estágios, prorrogações e outros). Dos Parágrafos I e II do Arto 48 das IG 10-68 – Port Nr 462 – Cmt Ex, de 21 AGO 03 (Alterada pela Portaria Nr 528, de 29 JUN 10);”

E nesta data, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** assina declaração que assevera que as prorrogações de tempo de serviço não podem ultrapassar oito anos, contando, para isso, todo o tempo que tenha de serviço público (Evento 12, Doc. 7, fl. 18).

“Eu, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, Idt 1100881471, CPF 969.790.700-53, nascida aos 21 dias do mês de novembro de 1981, filha de Telmo Jardim SÜSSENBACH e Itatiane Machado SÜSSENBACH, declaro que sou voluntária à convocação para o Estágio de Instrução e Serviço (EIS), pelo período de 01 (um) ano, como Oficial, para o Serviço Militar Temporário, sujeitando-me, se for aceita, a todos os deveres e obrigações militares previstos na legislação em vigor, e conhecedor que poderei obter, dependendo da existência de vagas e do meu desempenho profissional, prorrogações anuais, não ultrapassando o período de oito anos, contando, para isso, todo o tempo que tenha de serviço público.

Declaro, também, para todos os fins, serem verídicas as informações fornecidas, Ciente da responsabilidade criminal prevista nos Art. 299 e 304 (falsidade ideológica) do Decreto-Lei Nr 2.848, de 7 DEZ 40 – Código Penal, e Art. 312 (falsidade) do Decreto-Lei Nr 1.001, de 21 OUT 1969 – Código Penal Militar (CPM)”.

Assim, como **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** tinha 2 (dois) anos e 12 (doze) dias de serviço público anterior à convocação, só poderia permanecer no Exército, por, no máximo, seis anos, mas, com seu ardil, permaneceu por sete anos, sendo que, com a audácia que lhe é contumaz, ainda requereu mais uma prorrogação, para permanecer pelo oitavo ano.

Segundo o apurado, em 1º de outubro de 2018, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** protocolou requerimento solicitando mais uma prorrogação de tempo de serviço (Evento 12, Doc. 6, fl. 3), o que foi indeferido, em razão da administração militar ter tomado conhecimento da situação irregular da **denunciada**.

(...)

Ocorre que, assim que a administração do Hospital de Guarnição de Bagé tomou conhecimento da irregularidade praticada por **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**, foi publicado em Boletim Interno, de 14/12/2018, ordem para que todos os militares temporários preenchessem nova declaração de tempo de serviço anterior, nos seguintes termos (Evento 12, Doc. 1, fl. 14).

(...)

Todavia, como é de seu feitio, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** apresentou documento diverso do determinado (Evento 12, Doc. 1, fl. 15).

(...)

Logo, restou plenamente comprovado que **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** teve inúmeras oportunidades para corrigir sua conduta, mas sempre optava por manter a administração militar em erro.

Assim, resta cristalino que a motivação de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** quando omitiu a informação sobre seu tempo de serviço anterior à convocação era manter dois vínculos públicos, o que era vedado à época, e permanecer mais tempo no Exército do que o permitido, sendo que ambos se perfectibilizaram.

Segundo o apurado, em 29 de agosto de 2013, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** tomou posse em um segundo cargo público na Prefeitura Municipal de Bagé, também como odontóloga, matrícula nº 11578, com regime de trabalho de 20 horas semanais. Ou seja, a **denunciada** passou a exercer três cargos públicos cumulativamente.

Ocorre que, em agosto de 2013, a Constituição Federal não autorizava a nenhum militar da ativa acumular dois cargos públicos, o que só veio a ocorrer em 11 de fevereiro de 2014, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 77, que se dirigia apenas aos militares da ativa que ocupassem cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Todavia, não há nenhuma hipótese legal de um servidor público na ativa ocupar cumulativamente três cargos públicos, como fez **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** no período de 29 de agosto de 2013 a 31 de janeiro de 2019, o que demonstra, de maneira inequívoca, sua personalidade voltada à prática de ardis para se beneficiar. Importante enfatizar que, como servidora estatutária da Prefeitura Municipal de Bagé, **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** não poderia, em fevereiro de 2012, ter sido incorporada ao serviço militar do Exército.

Como foi incorporada, deveria ter tido seu ato de incorporação anulado, por vício de origem, caso a administração tivesse tido conhecimento posterior da situação irregular de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH**.

E quando a denunciada assumiu um terceiro cargo público, a afronta à Constituição se exponencializou.

Oportuno mencionar que, no período de agosto de 2013 a janeiro de 2019, exercendo três cargos públicos, LENISE MACHADO SÜSSENBACH passou a ter uma carga horária semanal de cerca de 65 (sessenta e cinco) horas semanais, o que desafia a realidade. Por fim, restou comprovado nos autos que **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** fora orientada pelo Capitão Aginaldo Andrade Silva e pelo Tenente Jurandir Martins Fagundes, em novembro de 2018, assim que começaram as suspeitas sobre a **denunciada** ter tempo de serviço na Prefeitura, a pedir o licenciamento antes de instaurado o procedimento administrativo, o que poderia atenuar sua conduta ilícita, contudo **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** assim não agiu porque “deixaria de receber a indenização pecuniária, então achando injusto devido este valor ser pelos sete anos trabalhados, preferiu esperar o procedimento que a OM faria.” (Evento 12, Doc. 6, fl. 20), o que veio a ocorrer, tendo **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** recebido, a título de indenização, a quantia de R\$ 90.893,81 (noventa mil oitocentos e noventa e três reais e oitenta e um centavos), na fase do exaurimento do crime, beneficiando-se de sua torpeza, o que é indevido, demonstrando insensibilidade, indiferença e ausência de arrependimento após o crime.

A Lei nº 7.963/89, que “Concede compensação pecuniária, a título de benefício, ao militar temporário das Forças Armadas, por ocasião, de seu licenciamento”, veda a concessão deste benefício ao militar licenciado *ex officio* a bem da disciplina ou por condenação transitada de julgado. Transcrevemos.

“Art. 3º O oficial ou a praça que for licenciado *ex officio* a bem da disciplina ou por condenação transitada em julgado não fará jus ao benefício de que trata esta Lei.”

O desiderato do dispositivo é de clareza solar: impedir que o mau militar seja premiado. **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** ingressou nas Forças Armadas e nela permaneceu, inclusive além do tempo previsto, utilizando-se de ardis, aproveitando-se da boa-fé de seus colegas de caserna.

Entrou e saiu das Forças Armadas pela porta dos fundos. Não pode, assim, fazer jus a compensação pecuniária.

Resta, assim, configurada a omissão dolosa de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** ao não preencher o tempo de serviço na “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”, fato juridicamente relevante, que atentou contra a administração militar, pois a induziu a permitir que ocorressem inúmeras irregularidades.

Em assim agindo, transgrediu a denunciada **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** a norma sediada no art. 312, do Código Penal Militar (falsidade ideológica-documento particular), motivo pelo qual, após R. e A., requer a instauração da competente ação penal, citando-a para interrogatório e demais atos processuais até final julgamento, sob pena de revelia, com a sua necessária condenação. (Grifos no original).

A Denúncia foi recebida em 22 de outubro de 2019.

Na decisão em que recebeu a Denúncia, o Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM designou audiência para a realização de sorteio do Conselho Especial de Justiça (Evento 1, doc. 2, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203).

Em manifestação, o membro do MPM aduziu, *in verbis*:

Ciente da decisão judicial do Evento 1, Doc. 2, a qual recebeu a denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Em razão de ter sido designado data para sorteio do Conselho Especial de Justiça, esclareço ao culto magistrado, com intuito de definir o órgão julgador, que a exordial registra que a ora denunciada apresentou o documento particular que se adjetiva como omissa, em 7 de julho de 2011, quando ostentava a condição de civil. (evento 11, autos nº 7000200- 20.2019.7.03.0203).

Em atendimento à manifestação ministerial, no dia 20 de novembro de 2019, o Magistrado decidiu tornar sem efeito a decisão que fixou a competência do Conselho Especial de Justiça e passou a julgar monocraticamente o presente feito.

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar Capitão AGINALDO ANDRADE SILVA, 1º Tenente JURANDIR MARTINS DA SILVA, 2º Tenente MARCELO GONÇALVES DA SILVA e 2º Sargento DUMA ELÓI DA ROSA OCANA foram ouvidas na forma de gravação audiovisual constante no evento 50 dos autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203.

As testemunhas de Defesa CAROLINE MEDEIROS TIMM e Tenente DENISE PAIVA DA ROSA também foram inquiridas por meio de gravação audiovisual acostado no evento 209 dos autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203.

Interrogada, a Ré declarou que discorda de tudo que consta na Denúncia; que o documento apresentado em 2011 era uma inscrição para entrar no Exército Brasileiro e o documento foi preenchido e entregue na 3ª Região Militar, em Porto Alegre; que preencheu vários documentos exigidos no edital para serem reconhecidos em cartório; que, no momento em que preencheu os documentos relativos ao tempo de serviço público, não sabia como relatá-los, pois possuía um tempo de URCAMP em que prestava serviço, mediante contrato, para a Prefeitura de Bagé, desde 2008; que a inserção dos traços no local onde deveria colocar quanto tempo tinha de serviço público ocorreu para que não prestasse informação errada, haja vista que não tinha certeza do período de serviço prestado e o Cartório não aceita complementação posterior; que sua intenção era posteriormente esclarecer a

informação, caso fosse necessário, pois pensava que o tempo de serviço na Prefeitura servia apenas para pontuação no concurso; que todos sabiam do seu vínculo com a Prefeitura de Bagé; que não teve intenção de obter vantagem; que nunca quis omitir nenhuma informação do Exército; que o modelo de declaração era o mesmo utilizado por todos os militares; que sua “pasta da viúva” (pasta de habilitação) foi verificada em várias oportunidades e somente constataram que sua identidade funcional estava vencida; que o Comando Militar tinha ciência do vínculo com a Prefeitura de Bagé e inclusive o jornal da cidade expôs o edital de nomeação; que nunca escondeu nenhuma informação; que tinha ciência do limite de oito anos de prestação do serviço como militar temporário; que não sabia que o tempo de serviço público anterior era computado; que respondeu a todos os boletins em que se exigia declarações por tempo de serviço; que, ao verificar que estava havendo uma confusão sobre o tempo de serviço, resolveu por iniciativa própria elaborar um documento registrado em cartório com o intuito de elucidar a contradição; que se houve algum erro anterior, não havia má-fé e que nunca teve intenção de obter vantagem do EB; que durante o prazo para entregar a documentação para a Região Militar referente ao tempo de serviço público anterior à convocação, não teve tempo hábil de verificar o tempo de serviço; que cumpriu regularmente a carga horária no Exército; que em nenhum momento omitiu da Administração Militar que tinha vínculo com a Prefeitura; que acredita não ter causado nenhum prejuízo à Administração Militar; que no período de 2018 estava grávida e a diferença de tempo em que ficou como prorrogada ou como adida, a despeito da licença-maternidade, não causaria nenhum transtorno ao EB, pois é uma diferença de tempo próxima a 10 dias; que, ao retornar da licença maternidade, o EB concedeu férias e em seguida a licenciou e por isso não causou prejuízo algum à Administração Militar. Às perguntas quanto ao seu vínculo com a Prefeitura Municipal de Bagé, reservou-se ao direito de ficar calada (evento 209, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203).

No prazo do art. 427 do CPPM, o MPM nada requereu, e a Defesa permaneceu silente (evento 213 e 218, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203).

Em Alegações Escritas, o MPM postulou a condenação da Acusada nas penas do artigo 312, *caput*, do CPM, haja vista que estariam comprovadas a materialidade e a autoria delitivas.

Em Alegações Escritas, a Defesa requereu a absolvição por ausência de dolo na conduta, bem como por ter ocorrido superveniência de norma mais favorável à Ré, que revogou a necessidade de apresentação de declaração de tempo de serviço anterior para o ingresso de oficiais temporários no Exército.

Assim, requereu a absolvição e, ainda, a declaração da prescrição da pretensão punitiva.

Em 18 de fevereiro de 2021, o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM decidiu dispensar a realização da Sessão de Julgamento (art. 431 e seguintes do CPPM) e abriu vistas às Partes para, querendo, complementarem as Alegações Escritas (evento 228, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203).

O MPM complementou suas Alegações Escritas reiterando os pedidos de procedência da Ação Penal para condenar LENISE MACHADO SÜSSENBACH na sanção prevista no artigo 312 do CPM (evento 231, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203).

Por sua vez, a Defesa complementou suas Alegações Escritas ratificando os argumentos trazidos anteriormente e, assim, requerendo a absolvição “por conta da existência de norma que hoje não exige mais declaração de tempo de serviço anterior em processos seletivos do Exército, o que gera por si só o instituto da *Lex Mitior*, havendo assim a descriminalização da declaração assinada pela mesma, e, por fim, A FALTA DE PROVAS DE QUE AGIU A AUTORA COM DOLO do tipo penal, ante toda a prova produzida, uma vez que nenhuma prova foi produzida no sentido de trazer à tona o DOLO DA RÉ em praticar o delito do art. 312 do CPM, NAS FORMAS DA LEI”. Na ocasião, juntou mídias sustentando oralmente suas razões (evento 234, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203).

Em Sentença prolatada no dia 17 de março de 2021, o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM julgou improcedente o pedido acusatório, para absolver LENISE MACHADO SÜSSENBACH da imputação prevista no artigo 312, *caput*, do Código Penal Militar, com fulcro no artigo 439, alínea “b”, do CPPM (não constituir o fato infração penal).

A Sentença foi publicada na mesma data (evento 251, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203). O *Parquet* foi intimado em 27 de março de 2021 e interpôs Apelação no dia 31 seguinte (evento 255 e 256, autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203).

Em suas razões, o MPM alega que a Apelada, intencionalmente, omitiu informação ao não preencher o tempo de serviço na “Declaração de Tempo de Serviço Público Anterior à Convocação”, configurando fato juridicamente relevante que atentou contra a administração militar, haja vista que induziu a OM a permitir a ocorrência de inúmeras irregularidades. Aduz que a conduta da Apelada de se dirigir ao Cartório para fazer uma “declaração onde nada declara” não é plausível para uma pessoa com formação superior, pois poderia ter ido à Prefeitura de Bagé e solicitado uma certidão de tempo de serviço a

fim de preencher corretamente os dados exigidos. Registra que, na data em que preencheu a “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”, a Apelada possuía 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de vínculo estatutário com a Prefeitura Municipal de Bagé/RS. E, ainda, que a Apelada incidia em cláusula proibitiva de ingresso no EAS/EIS conforme estabelecido em Edital.

Sustenta que Lenise omitiu informação ao inserir “traço horizontal” em campos que deveriam ser preenchidos com algarismos correspondentes aos anos, meses e dias de tempo de serviço prestado em Órgão Público e que a omissão intencional desse conteúdo é extremamente relevante para a Administração Militar. Prossegue alegando que “esta informação não se presta apenas, como afirma o magistrado, para excluir os candidatos com mais de 2 (dois) anos de serviço público anterior, mas serve para inserir dados no sistema de controle de pessoal do Exército”.

Argumenta que a Apelada “em diversas oportunidades omitiu informações relevantes da administração militar, quer em relação ao seu tempo de serviço, quer pelo fato de ter mais vínculos públicos do que a Constituição permitia e atualmente permite. E isto demonstra, de maneira inequívoca, não se tratar de um ponto fora da curva por parte da apelada, mas um modo de agir reiterado de ocultar informações para poder seguir à margem da lei, como fez ao ter 3 (três) cargos públicos simultaneamente”.

Alega que o dolo da Apelada em atentar contra a Administração Militar restou demonstrado, pois “em 29 de agosto de 2013, LENISE MACHADO SÜSSENBACH tomou posse em um segundo cargo público na Prefeitura Municipal de Bagé, também como odontóloga, matrícula nº 11578, com regime de trabalho de 20 horas semanais. Ou seja, a apelada passou a exercer três cargos públicos cumulativamente, circunstância que perdurou até o dia 31 de janeiro de 2019, por mais de 5 anos!”.

Assevera que “LENISE MACHADO SÜSSENBACH, como tinha 1 (um) ano 11 (meses) e 17 (dezessete) dias de serviço público anterior em 31/12/2011, só poderia permanecer no Exército, por, no máximo, 6 (seis) anos, mas permaneceu por 7 (sete) anos, sendo que ainda requereu mais uma prorrogação, para permanecer pelo 8º (oitavo) ano”.

Sustenta que “ao omitir a informação sobre o seu tempo de serviço público anterior à convocação, tinha, também, a intenção de permanecer mais tempo no Exército do que os regulamentos permitiam, o que de fato veio a ocorrer, pois o oficial temporário só podia permanecer na Força até completar 8 (oito) anos de serviço público, incluindo o tempo de serviço público anterior à convocação, na época dos fatos”. Ao final, requer que seja julgada procedente a

Apelação para que a Sentença recorrida seja reformada e a Apelada condenada nas sanções do artigo 312 do CPM (evento 1, doc. 5).

Em contrarrazões, a Defesa reitera os argumentos trazidos em sede de Alegações Escritas e afirma que “a extensa denúncia ofertada pelo agente ministerial e cotejando o que a defesa já esperava, através da prova testemunhal, não foi confirmada em nenhum dos depoimentos das alegações ministeriais e suas alegações, ilações, fantasias, ou visões distorcidas da dentista LENISE, profissional dedicada e empenhada em sua atividade funcional, e que em momento algum praticou qualquer delito”.

Argumenta que “a declaração de TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR A CONVOCAÇÃO, HOJE, NÃO POSSUI QUALQUER RELEVÂNCIA JURÍDICA, o que em nosso entender deve ser observado pelo julgador fins de ATENTAR quanto a relevância jurídica que tal situação POSSUI REFLEXO NO PRESENTE PROCESSO, a medida que o instrumento em discussão, DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR A CONVOCAÇÃO, hoje não possui mais qualquer relevância jurídica, e em nosso entender deve ser fato de a lei nova, de alguma forma, beneficiar o agente, através do INSTITUTO DA *LEX MITIOR*”.

Alega que não seria possível a efetivação da estabilidade decenal à Ré, pois “há mais de 15 anos que o JUDICIÁRIO não ampara tal pleito de estabilidade decenal a militares temporários no somatório de tempo de serviço militar com tempo de serviço público civil anterior”.

Sustenta que “a Tenente Lenise atendeu TODAS AS ORDENS EM BOLETINS EMANADAS PELO COMANDO DA UNIDADE, e ainda, cumprindo os MODELOS QUE A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO DETERMINAVA”.

Por fim, pugnou pela manutenção da Sentença de primeiro grau, mantendo-se a absolvição, por absoluta ausência de dolo, e por não mais existir norma que exija declaração de tempo de serviço anterior em processos seletivos do Exército. Requereu, ainda, a análise do prazo prescricional, afirmando que a declaração de tempo de serviço é de julho de 2011, e a denúncia foi ofertada em 23/10/2019 (evento 1, doc. 6).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, levantou preliminar de nulidade da Sentença sob o argumento de que o feito deveria ser julgado por um Conselho de Justiça e não por um Juiz monocrático. Dessa forma, requereu o acolhimento da preliminar, para que os autos retornassem ao primeiro grau de jurisdição e fosse realizado outro julgamento pelo Conselho (evento 6).

Com nova vista, manifestou-se no sentido de que “seja rejeitada a preliminar de mérito relativa à prescrição, bem como acolhida a preliminar de nulidade da sentença, para que outra seja prolatada pelo Conselho Especial de Justiça. Caso superada a preliminar ora arguida, o recurso deve ser provido no mérito para condenar a ré nas sanções do crime do artigo 312 do CPM.” (evento 12).

### É o Relatório.

## VOTO

### DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR INCOMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR O FEITO.

A ilustre Procuradoria-Geral de Justiça Militar suscita preliminar de nulidade da Sentença por incompetência do Juízo, aduzindo que houve ofensa à Decisão desta Corte Castrense, pois a perda superveniente da condição de militar não transfere a competência do Conselho Especial de Justiça para o Juiz Singular.

De fato, esse é o entendimento sedimentado pelo IRDR julgado por esta Corte nos autos do Processo nº 7000425-51.7.00.0000 e corroborado pelo enunciado da Súmula 17 do STM<sup>183</sup>.

Entretanto, no caso dos autos, ao contrário do que entende a PGJM, o julgamento do presente feito de forma monocrática pelo Juiz Federal não afronta os precedentes citados.

É que a Denúncia acusa LENISE MACHADO SÜSSENBACH de ter omitido dolosamente informações na “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”, exigida para ingresso no concurso de Oficiais Temporários do Exército e, portanto, quando ainda não era militar, *in verbis*:

(...) Consta do incluso Inquérito Policial Militar nº 00000094-58.2019.7.03.0203 que a denunciada LENISE MACHADO SÜSSENBACH, **na condição de civil**, em 7 de julho de 2011, omitiu, em documento particular apresentado à Comissão de Seleção Especial para ingresso nas Forças Armadas, na cidade de Bagé-RS (...) (Grifos nossos).

E conclui a Denúncia:

Resta, assim, configurada a omissão dolosa de **LENISE MACHADO SÜSSENBACH** ao não preencher o tempo de serviço na “DECLARAÇÃO

<sup>183</sup> “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”.

DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”, fato juridicamente relevante, que atentou contra a administração militar, pois a induziu a permitir que ocorressem inúmeras irregularidades.

Novamente, em virtude da determinação do Juiz para o sorteio do Conselho Especial de Justiça pelo Magistrado nos autos da APM 7000200-20.2019.7.03.0203, o Ministério Público Militar manifestou-se quanto à condição de civil da Acusada, *in verbis*:

Em razão de ter sido designado data para sorteio do Conselho Especial de Justiça, esclareço ao culto magistrado, com intuito de definir o órgão julgador, que a exordial registra que a ora denunciada apresentou o documento particular que se adjetiva como omissivo, em 7 de julho de 2011, **quando ostentava a condição de civil**. (Grifo nosso).

E quando da prolação da Sentença, salientou o Juiz:

De pronto, apesar da extensão temporal da denúncia aglutinar períodos civis e militares, há de se promover um recorte objetivo entre a narrativa acusatória de fatos pretéritos à incorporação da acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH como oficial temporária do Exército Brasileiro, no processo seletivo deflagrado pelo Edital SSMR/3 Nº 001 - MFDV, de 1º de junho de 2011 (IPM - Evento 12, documento 07, fls. 02/13), de outros fatos correspondentes ao tempo do vínculo militar, que se formou em 1º/02/2012, com a incorporação para prestar o Estágio de Adaptação e Serviço - EAS (IPM - Evento 12, documento 02, fls. 31/33, e se extinguiu em 31/01/2019 (IPM - Evento 12, documento 03, fls. 13/15).

Isso porque, conforme reiterado pelo próprio Parquet das Armas (Evento 11), a imputação cinge-se na apresentação de documento ideologicamente falso por civil, então candidata a oficial temporário em certame público, o que fundamentou a assunção da competência monocrática em decisão de saneamento e organização do processo (Evento 36).

Assim, embora o período militar esteja narrado na exordial acusatória (Evento 01) e não se desconheça o acervo documental referente às declarações de tempo de serviço prestadas pela acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH na condição de militar da ativa, especialmente os documentos apresentados perante a administração militar em 09/10/2012 (IPM - Evento 12, documento 03, fl. 21) e 10/03/2016 (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 18), tais elementos não serão considerados para formação da convicção judicial, sob pena de ofensa ao princípio da congruência ao pedido e indevida supressão da competência do Conselho Especial de Justiça (Súmula 17 do STM).

Com efeito, a Denúncia narra fatos que também se referiam à época em que a Acusada Lenise já havia se tornado militar. Porém, o *Parquet* Milicen deixou claro na exordial acusatória que buscava a condenação com base naquele primeiro fato praticado quando ela era civil, e que todos os demais

fatos ocorridos na condição de militar foram praticados para perpetuar o engodo inicial.

Mais adiante, nas razões recursais, o *Parquet* volta a esclarecer que o delito de falsidade ideológica foi praticado pela Ré antes de seu ingresso no Exército, quando ela ainda detinha a condição de civil, e que os fatos posteriores serviram para caracterizar o dolo:

(...) Isso porque a narrativa das condutas praticadas pela apelada na condição de militar da ativa e a documentação anexada nos autos relativa a esse período deveriam ter sido consideradas para fins de verificação do dolo da apelada quando esta apresentou, na condição de civil, a DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO.

Assim, conforme acertadamente narrou a denúncia, a conduta da apelada, enquanto militar, serviu para demonstrar, de forma cristalina, que sua motivação, quando omitiu a informação sobre seu tempo de serviço anterior à convocação era (1) manter dois vínculos públicos, o que era vedado à época, e (2) permanecer mais tempo no Exército do que o permitido, sendo que ambos se perfectibilizaram.

Dessa forma, não havendo dúvida de que a Denúncia imputa à Ré fato delituoso praticado quando ela era civil, a competência para julgar o feito não é colegiada, mas monocrática, como ocorreu na hipótese, nos termos da Lei nº 13.774/2018, que alterou a Lei nº 8.457/92, no que toca à competência conferida ao Juiz Federal da Justiça Militar para o julgamento de réus civis.

Esta Corte já se pronunciou em caso similar, *verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. (...). COMPETÊNCIA. DEFINIÇÃO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DELITIVA. LEI Nº 13.774/2018. ALTERAÇÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR (LOJM). NOVOS PARÂMETROS. ESTRUTURAÇÃO DO ESCABINATO. BASE PRINCÍPIOLÓGICA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO (JMU). (...) NULIDADE ABSOLUTA. ACOLHIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. (...) **2. A alteração promovida na LOJM, pela Lei nº 13.774/2018, trouxe alterações significativas na fixação do Juiz Natural quanto ao processo e ao julgamento de civil, quando lhe é atribuída a prática de crime de natureza militar. Essa definição competencial, de caráter monocrático, atribuída ao Juiz Federal da Justiça Militar, destina-se, em regra, ao agente (acusado) que era civil ao tempo do crime, devendo-se, ainda, contextualizar eventuais delitos de insubmissão ou que envolvam o Oficialato.** (...) 7. Preliminar acolhida. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. nº 7001229-19.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Data de Julgamento: 15/10/2020, Data de Publicação: 7/12/2020). (Grifo nosso).

Dessa forma, há que se obedecer ao corolário do princípio da correlação, analisando-se o que foi descrito na Denúncia, afastando-se das vedações correspondentes a decisões *citra, ultra* ou *extra petita*.

Nessa esteira é o ensinamento de Cícero Robson Coimbra Neves<sup>184</sup>, *in litteris*:

No processo penal militar, como nos demais ramos do processo, o juiz (Conselho de Justiça ou juiz singular) deve ficar adstrito ao que foi versado na denúncia, que condensa a descrição dos fatos e o pedido daquele que promoveu a ação penal militar. Não pode julgar aquém, além ou fora do que foi postulado pela parte autora – citra, ultra ou extra petita –, o Ministério Público, em regra. Trata-se do princípio da correlação aplicado ao Direito Processual Penal Militar, em que a decisão deve corresponder aos fatos descritos na denúncia.

Em face do exposto, **rejeito** a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar de nulidade da Sentença por incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para julgar monocraticamente o feito.

#### **DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

Em suas contrarrazões, a Defesa alega ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva, ao afirmar que a “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”, objeto do delito imputado à Acusada, estava na posse da Administração Militar desde 2011, e a Denúncia foi ofertada somente no dia 23/10/2019, ocorrendo, portanto, a prescrição.

Não lhe assiste razão.

Insta consignar que a mesma preliminar foi levantada pela Defesa perante o Juízo de 1º Grau, utilizando os mesmos argumentos. Naquela oportunidade, o Magistrado corretamente afastou o pleito defensivo em seu *decisum*, nos seguintes termos:

Inicialmente, cumpre refutar a prefacial de mérito arguida pela Defesa, uma **vez que** o termo inicial do prazo prescricional para os crimes de falsidade somente tem início na data em que o fato se tornou conhecido (**art. 125, § 2º, “d”, CPM**), **isto é**, no momento em que a Administração Militar tomou conhecimento da falsidade material ou ideológica do documento que lhe fora apresentado.

*In casu*, embora o documento “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” seja datado de 07 de julho de 2011, a omissão na declaração do tempo de serviço público

---

<sup>184</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. Volume Único. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 156.

anterior **apenas foi conhecida pela Administração Militar em 06/12/2018**, quando a acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH prestou as informações requisitadas no Boletim 217, de 30.11.18, do Diretor do Hospital da Guarnição de Bagé (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 16), ao que se seguiu as declarações constantes nos documentos de 12/12/2018 (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 17) e 13/12/2018 (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 19), sendo tudo apurado no bojo da Sindicância NUP 64587.005707/2018-89, instaurada no final do ano de 2018 (IPM - Evento 12).

Portanto, tendo em conta que ao tipo penal imputado nos autos é cominada pena máxima de três anos de reclusão (art. 312 do CPM – falsidade ideológica de documento particular), **não foi ultrapassado o prazo prescricional de oito anos (art. 125, V, do CPM) entre a data em que o falso foi conhecido pela Administração Militar (06/12/2018) e a instauração do processo penal militar em 22/10/2019** (art. 125, §5º, I, do CPM), razão pela qual não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva. (Grifos nossos).

Com efeito, não há como reconhecer a prescrição a partir da data em que o documento em questão foi assinado e permaneceu na posse da Administração Militar, como pretende a ilustre Defesa.

Igualmente, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar afastou a assertiva defensiva quanto à prescrição, com os fundamentos que se seguem e que também adoto como razões de decidir, *in verbis*:

não merece acolhimento a preliminar alegada pela defesa em relação à extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, pois, no caso em tela, o termo inicial do prazo prescricional para os crimes de falsidade inicia-se na data em que o fato se tornou conhecido, conforme o art. 125, § 2º, “d”.

Dessa forma, considerando que a Administração Militar tomou conhecimento da falsidade do documento objeto do crime somente em 6/12/2018 e o recebimento da Denúncia adveio em 22/10/2019, é indubitável a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no presente caso.

Em face do exposto, **rejeito** a preliminar de prescrição da pretensão punitiva suscitada pela Defesa.

### MÉRITO

Insurge-se o MPM contra a Sentença proferida pelo Juiz Federal da 2ª Auditoria da 3ª CJM, que julgou improcedente a Denúncia e absolveu a Acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH da imputação da prática do delito previsto no artigo 312, *caput*, do Código Penal Militar.

O apelo é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Assiste razão ao *Parquet* em sua irresignação.

Segundo consta dos autos, a Acusada pretendeu ingressar no Exército Brasileiro como Oficial Temporário e, para tanto, deveria atender aos requisitos do Edital de Convocação Edital SSMR/3 nº 001-MFDV, de 1º de junho de 2011, e entregar determinados documentos à Administração Militar, exigidos no nº 6, letra “g”, item 10, do referido Edital. Assim, em 7 de julho de 2011, a Ré assinou o documento intitulado “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”, reconheceu firma em cartório na mesma data e o entregou à 3ª Região Militar para concorrer ao processo seletivo.

No documento em questão, conforme o próprio título já descrevia, a candidata deveria informar quanto tempo de serviço público possuía antes da convocação que pudesse ser averbado na contagem total de tempo de serviço.

Era ainda exigido no Edital (nº 6, letra “g”, item 15), que os candidatos comprovassem o tempo alegado, entregando “cópia autenticada da comprovação de duração de tempo de serviço em atividade profissional (declaração do órgão público, carteira de trabalho, contrato de prestação de serviço, etc.)”.

Consta também do Edital, nº 13, letra “e”, que “O Serviço Militar não poderá ser prestado cumulativamente com qualquer cargo, emprego ou função pública, ainda que da administração indireta”.

Não obstante, apesar de já ser servidora concursada no cargo de Odontóloga na Prefeitura de Bagé desde 19 de janeiro do ano 2010, a Candidata colocou traços horizontais no lugar onde deveria constar a informação sobre os dias meses e anos de serviço público, como se não possuísse nenhum tempo de serviço público anterior à convocação, e, em consequência, como se não possuísse nenhum cargo público a ser declarado.

Por força dessa omissão, Lenise Machado SÜSSENBACH foi selecionada e passou a servir no HGuBa, onde ficou até início de 2019, pois não havia óbice conhecido pelo Exército.

Dessa forma, ficou comprovado que a Ré, deliberadamente, omitiu, no documento referido, informação que deveria ser conhecida pela Administração Militar, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, atentando contra a Administração e o Serviço Militar.

Assim, correta a exordial acusatória, ao imputar a Acusada o delito de falsidade ideológica havida em documento particular, nos termos do art. 312 do Código Penal Militar.

Não obstante, o insigne Juiz Federal Substituto da 2ª Auditoria da 3ª CJM achou por bem absolver a Ré. Apesar de reconhecer a existência da materialidade e da autoria dos fatos narrados na Denúncia, não vislumbrou o dolo, e julgou atípica a conduta, não constituindo tal omissão infração penal militar. Também na sua concepção, a declaração serviria apenas para que candidatos com mais de dois anos de serviço público fossem excluídos do certame, e para aumentar o número de pontos da candidata.

Entretanto, conforme esclarecido nos autos, o controle do tempo de serviço dos Oficiais Temporários na Secretaria do Hospital era realizado com base no banco de dados com informações gerais, como data de convocação, período de prorrogação, tempo de serviço e tempo de serviço anterior à convocação. Tais dados são extraídos dos aditamentos da 3ª Região Militar. Dessa forma, a ciência a respeito de o Oficial Temporário possuir tempo de serviço anterior à convocação para o serviço militar é feita através da 3ª Região Militar, que publica o período declarado nos documentos fornecidos pelo candidato em Boletim a partir da declaração de tempo de Serviço Anterior ao Serviço Militar que o então candidato apresenta durante o período seletivo. A partir de então, toda a vida funcional do militar será controlada com base nesse tempo que declarou perante a Região.

No caso concreto, verifica-se que o preenchimento da referida declaração pela Acusada era necessário para atender as exigências do Edital SSMR/3 Nº 001- MFDV, de 01 de junho de 2011, da 3ª Região Militar.

Ao contrário do que fundamentou a Sentença absolutória, e pelo que consta na previsão editalícia, não é plausível inferir que o único objetivo da cláusula proibitiva era excluir candidatos que possuíssem mais de 2 (dois) anos de serviço público anterior. É evidente que o Edital também pretendia colher dados suficientes para alimentar o sistema de gestão de pessoal do Exército daqueles candidatos que tinham a pretensão de adentrar na Força. Assim, a Acusada, agindo intencionalmente para omitir informação que deveria constar na declaração de tempo de serviço, indubitavelmente, atentou contra a Administração Militar, que passou a inserir dados errôneos em seu sistema de controle de pessoal. Tal fato pode ser verificado na “Ficha Cadastro-SiCaPEX” (Evento 12, item 2, fls. 24/28, autos nº 7000094-58.2019.7.03.0203) de LENISE MACHADO SÜSSENBACH, na qual não consta nenhum registro de tempo de serviço público anterior.

É da Sentença, reconhecendo a autoria:

(...) Nessa toada, estabelecidas as balizas de cognição judicial, não pairam dúvidas sobre a existência material do documento intitulado

“DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” e o não preenchimento da informação sobre o tempo de serviço prestado a órgãos públicos, cujo campo documental apropriado se encontra lacunoso, com traços horizontais (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 40), a despeito de a acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH contar, ao tempo da declaração, com 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de vínculo estatutário com a Prefeitura Municipal de Bagé/RS, em razão do exercício do cargo de Odontóloga, a contar do dia 19/01/2010, por força da Portaria 3012/2009 (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 55). Portanto, provada documentalmente a materialidade do fato narrado na denúncia.

Ainda da Sentença, reconhecendo a materialidade:

(...) De tudo que foi dito em Juízo, pode-se concluir, no que é pertinente aos autos, de que a acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH, pretendendo ingressar nos quadros do Exército Brasileiro, preencheu o documento intitulado “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” sem informar a duração do seu vínculo com a Prefeitura Municipal de Bagé/RS, e entregou tal documento para a Comissão de Seleção Especial constituída pelo Edital SSMR/3 Nº 001 - MFDV, de 01 de junho de 2011, da 3ª Região Militar. Deveras, tal conclusão pode ser extraída, estreme de dúvidas, pelo fato de a assinatura ter tido a sua autenticidade reconhecida por tabelião, o que torna certo de que acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH foi responsável pelo preenchimento das informações constantes no documento, inclusive pelos traços horizontais no campo pertinente ao tempo de serviço público, o que, aliás, foi admitido pela própria acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH no seu interrogatório (Evento 209 - documentos 17/25).

A Sentença também traz vários outros fatos praticados pela Acusada após seu ingresso na Força Terrestre, e, portanto, quando já detinha a condição de militar, e deixa de apreciá-los por não ser de competência monocrática do Juiz.

De fato, verificam-se nos autos várias outras atitudes por parte da Ré após sua assunção como Oficial do Exército, que foram descritas na Denúncia e restaram comprovadas no decorrer da instrução criminal.

Dentre elas, podem ser citadas: a declaração feita no primeiro semestre de 2012, na qual afirma que não possui tempo anterior de serviço público que possa ser averbado ao tempo de serviço do Exército e as declarações feitas em 2016 e 2018, onde continua omitindo seu tempo de serviço anterior, e que possuía outro cargo público, objetivando fazer com que a Administração se mantivesse em erro.

Com efeito, reforça o intento criminoso da Acusada a evidência de que teve diversas oportunidades para relatar o equívoco referente ao tempo de serviço

anterior que possuía, pois Lenise tinha acesso à sua Folha de Alterações (Evento 12. Item 2, fls 32/51 e item 3, fls. 1-15, autos nº 7000094- 58.2019.7.03.0203), em que havia dados quanto à inexistência de serviço público anterior prestado por ela.

Em 9 de outubro de 2012, Lenise apresentou o documento constante no evento 12, item 2, fl. 21, dos autos nº 7000094-58.2019.7.03.0203, no qual declara tempo de serviço futuro, não evidenciando nenhuma informação útil para sustentar o seu efetivo tempo de serviço anterior. Assim foi transcrito o referido documento:

em 31 JAN 13, **POSSUIREI**, 01 (um) ano, 00 (zero) meses e 00 (zero) dias de tempo de serviço prestado no Exército Brasileiro como Oficial Dentista Temporário no Estágio de Adaptação e Serviço (EAS), anterior a minha convocação para a realização do Estágio de Instrução de Serviço (EIS), que possa ser averbado, futuramente, na contagem total de meu tempo de serviço como militar temporário do Exército. (grifo nosso).

Percebe-se que a redação utilizada pela Acusada é ilógica e incapaz de transmitir ao interessado a informação que interessava naquele momento, qual seja, o tempo de serviço militar que a Ré possuía. Nesse linde, infere-se que o intuito da Acusada era o de continuar perpetuando a falsa declaração inicial de que não possuía tempo de serviço anterior à convocação. Dessa forma, confundia os militares responsáveis pelo controle dessas certidões, para que pudesse manter a Administração em erro e, assim, para que a conduta falsária efetuada na “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” não fosse descoberta.

Ademais, embora existam alegações de que havia modelos de declaração de tempo de serviço inteligíveis, é possível extrair dos depoimentos testemunhais do Capitão AGINALDO ANDRADE SILVA e do 1º Tenente JURANDIR MARTINS DA SILVA que os Oficiais Temporários recebiam orientação verbal acerca do que a Administração pretendia com aquelas declarações de tempo de serviço anterior e sobremaneira alertavam aos militares de que as informações prestadas naquele documento eram de sua responsabilidade.

Extrai-se do depoimento 2º Tenente MARCELO GONÇALVES DA SILVA, lotado na Secretaria que recebia as declarações de tempo de serviço, que em relação à declaração de 2012 constante no Evento 12, item 2, fl. 21 dos autos nº 7000200-20.2019.7.03.0203 questionou a Tenente Lenise quanto tempo de serviço ela havia declarado naquele documento e ela respondeu que, naquela oportunidade, tinha 1 (um) ano de EAS e não tinha mais nenhum tempo público federal ou municipal a declarar. Além disso, afirmou que orientou a Ten Lenise de que naquela declaração de 2012 ela deveria inserir

todo o tempo de serviço público que possuía, inclusive o tempo de serviço antes de adentrar no EB.

Não obstante a elucidação prestada pela referida testemunha, a Oficial apresentou documento com informação desafiante à lógica, corroborando seu intuito de enganar os militares daquela Secretaria.

É inegável que a Acusada tinha total conhecimento da informação que deveria prestar naqueles documentos ante as inúmeras ocasiões em que foi informada sobre qual conteúdo deveria constar naquelas declarações. Além disso, a Ré aproveitou-se da boa-fé dos militares supervisores, pois, como relatado pelo 1º Tenente JURANDIR MARTINS DA SILVA, não era possível verificar pasta por pasta a fim de detectar alguma alteração no padrão utilizado pela Administração, de modo que se atentavam ao efetivo tempo de serviço preenchido pelos Oficiais Temporários acreditando em sua boa-fé.

Destaca-se, ainda, que Lenise utilizou do mesmo artifício, em 10 de março de 2016, quando apresentou outra “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”. Segue a transcrição do documento:

em 31 JAN 13, POSSUÍA, 01 (um) ano, 00 (zero) meses, 00 (zero) dias de tempo de serviço prestado no Exército Brasileiro como Oficial Dentista Temporário no Estágio de Adaptação e Serviço (EAS), anterior a minha convocação para a realização do Estágio de Instrução e Serviço (EIS), que possa ser averbado, futuramente, na contagem total de meu tempo de serviço como militar temporário do Exército.

Aqui, novamente, a Acusada utiliza redação confusa e ilógica no intuito de ludibriar a Administração Militar. Portanto, restou demonstrado nos autos que teve diversas oportunidades para impedir os efeitos de sua conduta criminosa, porém optou por praticar atos que fizeram manter a Administração Militar em erro.

Com efeito, o intento delitivo da Acusada foi incontestado e muito bem delineado no Parecer da douta PGJM, *in verbis*:

Inequivoco, portanto, que cometeu o crime pelo qual foi acusada, como também, prolongou o estado de permanência do falso ideológico, quando emitia novas declarações para manter a administração militar em erro. É um caso típico de crime eventualmente permanente. O argumento contido na sentença é absolutamente destoante da descrição dos fatos e do que foi apurado nos autos. Restou evidente que emitiu uma declaração ideologicamente falsa para ser incorporada ao Exército Brasileiro, prolongando, conscientemente, o equívoco da administração militar para permanecer nos quadros da Força Terrestre. A sentença, no pertinente, confunde dolo com motivo ao sugerir que ela não visava

reengajamento. Em primeiro lugar, era óbvio que esse era o objetivo; em segundo lugar, esta é uma indagação que não interessa ao deslinde do processo, no que tange à adequação típica, e sim que se tratou de crime de falsidade ideológica perpetrado e consumado de forma prolongada conscientemente.

De fato, não é possível a apreciação de tais condutas para fins de imputar a Ré crime autônomo, conforme, inclusive, ressaltou o *Parquet* nas razões recursais.

Entretanto, elas foram citadas na exordial para demonstrar como a Denunciada perpetuou a falsidade no decorrer dos 7 (sete) anos que permaneceu indevidamente como Oficial do Exército Brasileiro, tudo permeando o contexto que se seguiu à imérita incorporação.

Transcrevo trecho das razões recursais do MPM:

(...) Inicialmente, observamos que equivocou-se o douto magistrado a *quo* ao promover um recorte objetivo entre a narrativa acusatória de fatos pretéritos à incorporação de LENISE MACHADO SÜSSENBACH, desconsiderando, para a formação da convicção judicial, todo o acervo documental referente às declarações de tempo de serviços prestadas por LENISE MACHADO SÜSSENBACH na condição de militar da ativa. Isso porque a narrativa das condutas praticadas pela apelada na condição de militar da ativa e a documentação anexada nos autos relativa a esse período deveriam ter sido consideradas para fins de verificação do dolo da apelada quando esta apresentou, na condição de civil, a “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO”.

Assim, conforme acertadamente narrou a denúncia, a conduta da apelada, enquanto militar, serviu para demonstrar, de forma cristalina, que sua motivação quando omitiu a informação sobre seu tempo de serviço anterior à convocação era (1) manter dois vínculos públicos, o que era vedado à época, e

(2) permanecer mais tempo no Exército do que o permitido, sendo que ambos se perfectibilizaram. Em outras palavras, os fatos praticados na condição de militar não configuraram, no entender do órgão acusatório, delito autônomo – a impedir que fosse analisado pelo juízo em obediência ao princípio da congruência ao pedido e indevida supressão de competência –, mas sim evidenciaram os benefícios indevidos adquiridos como consequência do crime anteriormente praticado pela apelada ainda na condição de civil e em detrimento da administração militar.

A apelada, em diversas oportunidades, omitiu informações relevantes da administração militar, quer em relação ao seu tempo de serviço, quer pelo fato de ter mais vínculos públicos do que a Constituição permitia e atualmente permite. E isto demonstra, de maneira inequívoca, não se tratar de um ponto fora da curva por parte da apelada, mas um

modo de agir reiterado de ocultar informações para poder seguir à margem da lei, como fez ao ter 3 (três) cargos públicos simultaneamente (...).

Com efeito, não há como desconsiderar que a omissão em tais documentos veio a perpetuar e confirmar o dolo inicial.

E ao contrário do que entendeu o Magistrado *a quo*, é inconteste que o fato praticado pela Ré, na condição de civil, para fins de ingresso no EB, atentou contra a Administração e o Serviço Militar.

Como antes referido, se a Ré não tivesse omitido a informação de que possuía tempo de serviço público anterior e, portanto, que detinha outro cargo público, não teria sequer conseguido aprovação no certame, e, conseqüentemente, não teria entrado na Força, e muito menos, lá permanecido por tantos anos.

Ela foi incorporada às Fileiras do Exército em 1º de fevereiro de 2012, permanecendo até 31 de janeiro de 2019, quando foi licenciada. Só não obteve mais um ano de prorrogação porque houve uma denúncia anônima, com investigações junto à Prefeitura, sendo, posteriormente, confirmados os fatos denunciados.

Consta que em 1º de outubro de 2018 requereu nova prorrogação de tempo de serviço, e obteve parecer favorável, uma vez que, para a OM, ela possuía menos do que 07 (sete) anos de serviço, conforme declarou a testemunha 2º Ten MARCELO GONÇALVES DA SILVA:

que a Administração começou a investigar a Tenente Lenise após uma denúncia anônima; que foi solicitado documentos para prefeitura; que a Tenente tinha entrado com um pedido de prorrogação em outubro, e depois disso veio a denúncia anônima; que não fez parte da investigação. Relatou que o parecer da OM, referente a prorrogação, foi favorável, porque a princípio ela não teria completado os 8 (oito) anos, para OM a Tenente Lenise ainda estava no sétimo ano de serviço; que segundo os cálculos todo tempo de serviço público era o tempo do Exército; que se chegou a conclusão que a Tenente Lenise tinha somente 7 (sete) anos de serviço público pelo banco de dados.

Veja-se que, no interrogatório, a Ré declarou que inseriu traços no local onde deveria constar quanto tempo tinha de serviço público para que não prestasse informação errada, haja vista que não tinha certeza do período de serviço público e porque “o Cartório não aceita complementação posterior”; que sua intenção era posteriormente esclarecer a informação, caso fosse necessário, pois pensava que o tempo de serviço na Prefeitura servia apenas para pontuação no concurso.

Mas, como demonstrado, suas ações posteriores demonstram justamente o contrário, ou seja, que ela nunca pretendeu esclarecer aquela informação, e

reforçam o dolo de manter o silêncio sobre dado que deveria ter constado desde o início no documento para seleção e admissão no EB, omitindo a verdade sobre fato juridicamente relevante, atentando contra a Administração e o Serviço Militar.

Restou indene de dúvidas que a omissão concernente aos traços horizontais utilizados na “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” pela Acusada demonstraram o especial fim de agir da Ré, visando dolosamente ocultar informação que, por óbvio, deveria ser inserida naquele campo.

Nesse particular é importante esclarecer que a testemunha Cap AGINALDO ANDRADE SILVA declarou, quanto à avaliação do tempo de serviço dos Oficiais Temporários, que cada militar é responsável pela sua pasta e que confiavam no que estes declaravam e que era publicado em Boletim. A testemunha declarou, ainda, que, quando os fatos começaram a vir à tona, a Ten Lenise havia afirmado que não informou o tempo de serviço público porque achava que não tinha um vínculo público, mas uma prestação de serviço terceirizado.

Causa espécie tal dúvida, eis que a Ré foi nomeada para tomar posse no cargo de Odontóloga Especialista em Endodontia, lotada na Secretaria Municipal de Saúde de Bagé, a contar de 29.12.2009, em virtude de ter sido classificada em 2º lugar em concurso público. E, novamente, foi nomeada para tomar posse no cargo de Odontóloga, lotada na mesma Secretaria Municipal, a contar em 29.08.2013, em virtude de ter sido classificada em 9º lugar em novo concurso público.

Ademais, afronta a dialética a conduta de preencher com traços horizontais o campo no qual se solicita anotar algarismos de forma objetiva, haja vista que o procedimento razoável a ser adotado em hipóteses semelhantes a essa é de deixar o campo sem nenhuma informação, ou seja, em branco. Dessa feita, depreende-se que, ao completar as lacunas disponíveis com traços horizontais, a Ré pretendia comunicar que não possuía qualquer tempo de serviço a ser declarado naquela oportunidade, o que era uma inverdade.

A Ré também declarou que nunca escondeu nenhuma informação; que todos sabiam do seu vínculo com a Prefeitura de Bagé; que o Comando Militar tinha ciência dele, e inclusive o Jornal da Cidade expôs o edital de nomeação.

Tais assertivas também merecem ser afastadas.

Inicialmente, não é razoável supor que o Exército destinasse um Setor para acompanhar os editais de nomeação nos jornais da cidade. Ademais, o

primeiro concurso da Acusada foi quase dois anos antes de sua inscrição para Oficial do EB. Então, por tal ângulo, não seria possível o conhecimento, por parte da Administração Militar, de que a Ré possuía outro cargo público.

É verdade que a testemunha de Defesa Ten Temp DENISE PAIVA DA ROSA declarou que sabia que a Tenente Lenise prestava serviço como dentista na Prefeitura de Bagé e que “todos no Setor sabiam disso”, no que foi acompanhada pela testemunha de Defesa CAROLINE WINCK MEDEIROS TIMM.

Entretanto, há outros diversos depoimentos nos autos no sentido oposto, dando conta do desconhecimento da situação por parte da Administração Militar, mesmo porque, como referido, a Ré não poderia ter sido incorporada caso a Administração soubesse de seu vínculo com o serviço público.

As testemunhas Cap AGINALDO ANDRADE SILVA, 1º Ten JURANDIR MARTINS FAGUNDES e 2º Ten MARCELO GONÇALVES DA SILVA foram incisivas no sentido de que desconheciam que ela trabalhava na Prefeitura.

E nada disso elide o fato de que, quando da inscrição à incorporação, os candidatos não poderiam ter cargo público, e que tal proibição estava bem explicitada no Edital, pois, conforme constante no seu nº 13, letra “e”, “O Serviço Militar não poderá ser prestado cumulativamente com qualquer cargo, emprego ou função pública, ainda que da administração indireta”.

Quando do processo seletivo do qual participou a Ré, no ano de 2011, vigia a Portaria nº 251 - DGP, de 11 de novembro de 2009, que, no Capítulo XIX, que trata “Do Licenciamento de Militares Temporários”, art. 182, dispunha que o militar temporário seria licenciado *ex officio* por motivo de assunção de cargo/emprego público permanente.

Atualmente, vige a Portaria nº 046 - DGP, de 27 de março de 2012, que “Aprova as Normas Técnicas para a Prestação do Serviço Militar Temporário”. No Capítulo XX, que trata “Do Licenciamento de Militares Temporários”, também encontramos que o licenciamento dos militares temporários pode ocorrer a pedido ou *ex officio*. E no art. 169, inc.VI, dispõe que o licenciamento *ex officio* ocorrerá por posse em cargo, emprego ou função pública permanente ou temporária.

Registre-se, por oportuno, que a redação do art. 142, § 3º, inc. II, da CF, à época do edital de convocação para seleção de Oficiais Temporários em 2011, era a de que “o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei”.

Somente com a Emenda Constitucional nº 77, de 2014, é que também foi ressalvada ao militar a hipótese prevista no art. 37, inc. XVI, alínea “c”, ou seja, a possibilidade de acumular dois cargos ou empregos privativos de saúde, com profissões regulamentadas.

Esta Corte Castrense já enfrentou matéria similar, conforme o seguinte julgado, *verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DEVOLUÇÃO AMPLA DA QUESTÃO LITIGIOSA. PRINCÍPIO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE. PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. APRECIACÃO NA ESFERA DISCIPLINAR. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. MAIORIA. (...) O delito de falsidade ideológica, previsto no art. 312 do Código Penal Militar, caracteriza-se por introduzir, colocar, incluir no documento uma declaração que não corresponde à verdade ou diferente da que deveria constar. **A Acumulação de cargos de profissionais da área de saúde era vedada à época dos fatos narrados na Exordial Acusatória, pois o tema relativo à cumulação de cargos, nos termos do inciso XVI do artigo 37 da Constituição Federal, não alcançava os militares das Forças Armadas que exerciam função de profissional de saúde, o que somente veio a ser alterado pela Emenda constitucional nº 77, de 11 de fevereiro de 2014.** (...). Apelo ministerial provido. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. nº 7001368-68.2019.7.00.0000. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 21/05/2020, Data de Publicação: 2/6/2020) (Grifo nosso).

Como demonstrado, não há dúvida de que, ao omitir, na declaração de tempo de serviço público anterior o tempo que já tinha, a Ré fez muito mais do que apenas deixar de ganhar pontos no certame, como aduziu no interrogatório e acolhido na Sentença, pois, caso declarasse o tempo anterior de serviço público, teria que necessariamente comprová-lo e, em consequência, apresentar declaração da Prefeitura atestando sua real situação. Assim, não poderia concorrer à vaga de Oficial Temporário do Exército Brasileiro.

Em contrarrazões, a Defesa argumenta que o trauma trazido pelo caso da Tenente Mônica à Organização Militar e ao Ministério Público nenhuma relação possui com a Tenente Lenise.

Cabe aqui esclarecer a que caso se refere a Defesa, conforme explicitado nas declarações da testemunha Cap AGINALDO ANDRADE SILVA:

(...) o Hospital convocou em 2016, após o episódio com a Tenente Mônica que omitiu o tempo, tanto a assessoria jurídica, quanto o encarregado de pessoal reuniram o pessoal em formatura e avisaram que todo mundo teria que fazer uma nova declaração, para que se confirmassem os tempos de serviços anteriores, tendo em vista o que ocorreu com a Tenente Mônica. Relatou que a Tenente Mônica, em 2015, apresentou uma declaração de tempo de serviço da prefeitura de Arroio do Tigre, constando que ela possuiria 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses e mais o tempo de serviço público do Exército, ela apresentou a declaração para que a administração militar concluísse que, naquele momento, ela estaria com 10 (dez) anos de serviço público, o que, na cabeça da Tenente, faria com que ela adquirisse a estabilidade; após isso, foi instaurado uma sindicância, para apurar o porquê da Tenente ter omitido aquela informação, sendo que a Tenente Mônica não passou todo aquele tempo conosco, mas apenas um ano; a Tenente Mônica tinha vindo no último ano de serviço militar, do B Log para o HGuBa; que, de acordo com o que foi averiguado e a sindicância que foi apurado, na primeira declaração da Tenente Mônica, ela declarou possuir 2 (dois) anos de serviço público, quando na verdade possuía 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses, então ela omitiu 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de serviço público, na prefeitura de Arroio do Tigre; confirmou que foi concluído que essa omissão seria intencional para que a Tenente Mônica alcançasse a estabilidade. Confirmou que, em função dessa situação, por cautela, a OM tentou verificar se não haviam militares com declaração com tempo de serviço diferente da realidade; que foi falado claramente nas reuniões que todos deveriam fazer novas declarações, e se alguém, por acaso, tivesse esquecido, não tivesse conhecimento do que era serviço público, que procurasse saber o que era serviço público, para que a declaração fosse feita corretamente ou que ratificassem as declarações, para que não houvesse novamente um caso de omissão de tempo de serviço anterior ao serviço militar. Disse que o fato envolvendo a Tenente Mônica foi público e notório, todo mundo tomou conhecimento, porque foi uma situação de desconforto saber que alguém tinha omitido uma informação, que alguém tinha tentado se beneficiar de uma informação; disse que o fato se agravou em função da Tenente Mônica ser Oficial; que a Tenente Mônica também era da especialidade de odontologia, a mesma da ré. Explicou que em 2016, por causa do caso da Tenente Mônica, foi solicitado que fossem confeccionadas novas declarações de tempo de serviço; que a ré apresentou, em março de 2016, uma nova declaração, onde não constava serviço público anterior a entrada no Exército; que depois disso, no final de 2018, quando veio a denúncia que a ré teria serviço público, novamente o Diretor, determinou que fossem feitas novas declarações, e novamente veio uma declaração que não era a realidade (...).

A Tenente Mônica foi, em 5 de outubro de 2017, condenada em primeira instância a 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, com o benefício de *sursis* por 4 (quatro) anos. O Tribunal, por unanimidade, em Sessão de

7/3/2019, deu provimento parcial ao recurso defensivo para, mantendo a condenação, reduzir o período do *sursis* para 2 (dois) anos. Foi Relator do feito o eminente Ministro William de Oliveira Barros e Revisor o eminente Ministro José Barroso Filho.

Diz, ainda, a Defesa que, com o advento da reforma da previdência, em que a estabilidade militar foi definitivamente excluída da possibilidade jurídica aos militares temporários, houve mudança de norma das Regiões Militares e elas deixaram de exigir, nos editais de convocação de militares temporários, declarações de tempo de serviço anterior à convocação. Que hoje esse tempo não interfere mais nas convocações militares e nas prorrogações de tempo de serviço militar, mesmo que algum militar detenha tempo de serviço anterior.

Equivoca-se o ilustre Causídico.

Como já referido, anda vige, com relação aos Militares Temporários, a Portaria nº 046 - DGP, de 27 de março de 2012, que dispõe, quanto à prorrogação do tempo de serviço, no art. 149:

Art. 149. As prorrogações de tempo de serviço têm caráter voluntário e **visam a atender ao interesse do Exército**, possuindo as seguintes denominações:

(...)

III - prorrogação de tempo de serviço é a continuidade de tempo de serviço do Of Tmpr e Sgt Tmpr.

§ 1º As prorrogações são por um período de doze meses, exceto a última, que pode ser concedida por um período menor, **de modo a não ultrapassar o tempo máximo de:**

**I - oito anos de serviço público para Of e Sgt; e (...)**

§ 2º para o cálculo do tempo máximo de serviço público, devem ser computados:

I - todos os tempos de efetivo serviço - Serviço Militar Inicial, estágios, prorrogações e outros; e

**II- o tempo de serviço prestado em órgão da administração pública direta ou indireta e das fundações de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos Municípios.** (Grifos nossos).

Os militares temporários ainda precisam preencher anualmente um Requerimento de Prorrogação de Tempo de Serviço Militar, que, a critério do Exército, e de acordo com as normas que regem o assunto, em especial, a Portaria nº 046 - DGP, de 27 de março de 2012, será por ele deferido ou não.

Outrossim, os Editais de Convocação para a Seleção ao Serviço Militar Temporário continuam a exigir documentos referentes a tempo de serviço. Só que, agora, dividindo as declarações em “Declaração de Tempo de Serviço Público Anterior Prestado Junto às Forças Armadas Anterior à Incorporação” e “Declaração Negativa de Investidura em Cargo Público”, ressaltando, nesta última, o cargo ou emprego privativo de profissional de saúde, dentro do limite previsto na alínea c do inciso XVI do art. 37 da CF (Art. 37 ... XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: ... c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;).

Veja-se que, tanto naquela época, como atualmente, a Ré não poderia acumular três cargos. E ainda que a Administração Militar soubesse que a Oficial era servidora da Prefeitura de Bagé, condição autorizada após a Emenda Constitucional nº 77, de 2014, não teria como supor que ela detivesse dois cargos públicos na referida Prefeitura, fora do permissivo constitucional, situação que só foi conhecida após diligências efetuadas junto àquele Órgão.

Ademais, sem que tivesse ciência da acumulação, também não poderia aferir se havia ou não a compatibilidade de horários, conforme disposto no dispositivo constitucional.

De repetir que aqui não se trata de apreciar a acumulação de cargos. Registre-se, nesse particular, que a Sentença de piso determinou o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Federal, à Advocacia-Geral da União, ao Tribunal de Contas da União, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e à Procuradoria do Município de Bagé para que os supostos ilícitos civis e administrativos fossem apreciados pelos órgãos competentes.

Aduz, ainda, a Defesa que, como não se exige mais a declaração de tempo de serviço público anterior à incorporação, o documento objeto do presente processo também não possui mais qualquer relevância jurídica, devendo ser considerado que a lei nova beneficiou o agente por meio do instituto da *lex mitior*, trazendo reflexos no tipo penal em tela.

Mais uma vez o entendimento é equivocado.

O Código Penal Militar trata literalmente sobre a matéria, dispondo no art. 2º, sob a rubrica marginal **“Lei supressiva de incriminação”**, que:

Ninguém pode ser punido por fato que lei deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

E a seguir, no § 1º, com a rubrica “**Retroatividade de lei mais benigna**”, traz que:

A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória recorrível.

No caso dos autos, não temos uma lei que deixou de considerar crime a conduta de falsidade ideológica, nem há hipótese de uma nova lei que tenha vindo de qualquer maneira a beneficiar a Ré.

Nem mesmo se trata de norma penal em branco, uma vez que o delito do art. 312 do CPM não é um tipo penal aberto, dependente de complementação de outra norma, como nos exemplos clássicos do crime de entorpecente ou de armas proibidas.

De outro lado, não se desconhece que a Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019, dentre as alterações que promoveu, incluiu o § 3º no art. 3º da Lei nº 6.880/80, dispondo que “Os militares temporários não adquirem estabilidade e passam a compor a reserva não remunerada das Forças Armadas após serem desligados do serviço ativo”.

Não obstante, como demonstrado, isso em nada interfere na hipótese dos autos, eis que não se está a discutir questão referente à estabilidade da Ré.

Também em nada elide o delito o fato de ela ter, em 2018, feito uma declaração com o tempo correto que possuía de serviço público, eis que a consumação do crime de falsidade ideológica se dá no momento em que o agente insere ou omite a inserção ou omissão da informação que devia constar no documento.

Assim, conquanto tudo isso conste dos autos, o que se discute é a conduta delituosa praticada pela Acusada perante a Administração Militar para fins de ingresso.

Para se configurar o crime de falsidade ideológica, é imprescindível a existência do dolo e a intenção de prejudicar direito, no intuito de modificar verdade atinente a fato juridicamente relevante. No caso dos autos, verifica-se o dolo específico da Ré em omitir declaração que deveria constar no documento particular apresentado para ingresso no Exército Brasileiro, a demonstrar a tipicidade da conduta prevista no artigo 312 do CPM, na modalidade “omitir”.

Sobre o tema, encontramos em Guilherme de Souza Nucci<sup>185</sup>, em citação jurisprudencial:

---

<sup>185</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

A caracterização do delito de falsidade exige, de forma concomitante, além da realização de algum dos verbos nucleares, o dolo, consistente na vontade, livre e consciente, de praticar alguma das condutas descritas no tipo, bem como o elemento subjetivo, que se caracteriza pelo fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre algum fato, e, ainda, que esse fato seja juridicamente relevante, pois tais fatores são elementares do tipo penal em comento.

Da mesma forma, ensina Ênio Luiz Rosseto sobre o elemento subjetivo do delito de falsidade ideológica<sup>186</sup>, *verbis*:

É o dolo, formado pela vontade de omitir em documento público ou particular declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, e a consciência de que o faz ilicitamente. O elemento subjetivo do injusto, identificado na locução “com o fim de”, é a vontade de praticar um fato e produzir um fim especial, na dicção legal do art. 312, na expressão com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Como anota Damásio E. de Jesus, não basta a vontade de alterar a verdade para caracterizar o dolo – exige-se a intenção de lesar contida na expressão “com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

Ora, é inquestionável a relevância jurídico-penal do ato praticado, pois houve prejuízo à Administração Militar, que, diante a conduta ardil da Acusada, foi induzida a erro, haja vista que o documento editado por Lenise fez com que ocorressem prorrogações indevidas no cargo de Oficial Temporário. Ademais, o crime de falsidade ideológica está incluído no Título “Dos Crimes contra a Administração Militar”, e o prejuízo é inerente ao próprio tipo penal.

Esta Corte já julgou de forma semelhante, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. ART. 312 do CPM. RECURSO DEFENSIVO. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL NA DATA EM QUE O FATO SE TORNOU CONHECIDO. INOCORRÊNCIA. CONDUTA DOLOSA. FATO JURIDICAMENTE RELEVANTE. ASSINATURA DE PUNHO DO RECORRENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA. FARTO LASTRO PROBATÓRIO DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. NÃO PROVIMENTO. UNANIMIDADE. I - Ao contrário do sustentado no Apelo, não se vislumbra a ocorrência da prescrição punitiva estatal, notadamente, o interregno de 4 anos não transcorreu entre qualquer uma das causas interruptivas. II - **No tocante ao elemento anímico, diversamente do alegado pela Defesa, há nos autos a presença do elemento subjetivo, qual seja o dolo específico encartado na conduta omissiva perpetrada pelo Recorrente que, de forma livre e consciente, omitiu, deliberadamente, de solicitar a correção do tempo de serviço público constante de sua Ficha Individual e, ainda, assinou o documento atestando como verdadeiras**

<sup>186</sup> ROSSETO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

**as informações ali contidas, as quais tinha ciência não coadunarem com a realidade dos fatos, tudo com o fim de buscar reengajamentos sucessivos além do limite permitido nas Normas Técnicas do Exército.**

III - *In casu*, perfeitas são a autoria e materialidade delitivas. Farto lastro probatório. A conduta perpetrada é típica, antijurídica e culpável. IV - Rejeitada a preliminar. Maioria. V - Conhecido e negado provimento ao Recurso. Unânime. (Superior Tribunal Militar. nº 0000094-98.2014.7.01.0401. Relator: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 17/11/2016, Data de Publicação: 21/12/2016) (Grifo nosso).

Além disso, o crime de falsidade ideológica é crime formal e o simples fato de omitir em documento público ou particular a declaração que dele devia constar já configura o delito.

Nesse sentido é o entendimento da Suprema Corte, *in verbis*:

EMENTA Habeas corpus. Penal Militar. Trancamento da ação penal. Ausência da comprovação da adequação das condutas praticadas pelos pacientes às figuras típicas dos arts. 312 e 315 do Código Penal Militar (falsidade ideológica e uso de documento falso). Não ocorrência. Falta de justa causa. **Ausência de prejuízo para a administração militar. Desnecessidade. O crime tipificado no art. 312 do Código Penal Militar é formal e não exige resultado naturalístico.** Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. (...) **O delito de falsidade ideológica (CPM, art. 312, caput) é formal e não exige resultado naturalístico, tendo como bem jurídico tutelado a proteção da fé pública da administração ou do serviço militar. Eventual prejuízo material ao erário seria mero exaurimento do delito e sua inexistência não teria o condão de descaracterizar a conduta.** 4. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 129207, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, DJe-076, Publicação 20-4-2016) (Grifo nosso).

Assim também já julgou esta Corte Castrense, *verbis*:

APELAÇÃO DA DEFESA. ART. 312 DO CPM. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. Trata-se de delito de falsidade ideológica, cometido por militar que apresentou falsa declaração para justificar o recebimento do imóvel funcional de modo a nele permanecer, configurando a tipicidade da conduta prevista no artigo 312 do CPM, na modalidade “inserir em documento particular”. Deve o recorrente limitar a extensão do efeito devolutivo em face do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. A parte dispõe do seu direito para apelar somente daquilo que desejar, no limite do que perdeu. E o Tribunal irá conhecer somente daquilo que a Parte recorreu. Apenas as questões de ordem pública são suscetíveis de conhecimento a quaisquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício, e não se sujeitam ao fenômeno da preclusão. Autoria e materialidade do delito comprovadas. É inquestionável a relevância jurídico-penal da conduta do agente que presta declaração falsa para alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante que atenta contra a Administração Militar de modo a se manter indevidamente no

PNR (Próprio Residencial Nacional). No caso, o Acusado declarou que residia com sua genitora e sua companheira a fim de permanecer no imóvel, causando transtornos e prejuízos à Administração Militar e aos colegas de farda preteridos na lista de espera de concessão do imóvel. Não há que falar em inexistência do crime por impossibilidade de o documento falso ludibriar a Administração ante a sua posterior verificação, mormente quando dá causa à instauração de IPM para dirimir a dúvida quanto a sua veracidade. **O crime de falsidade ideológica é crime formal e o simples fato de inserir em documento público ou particular declaração falsa já configura o delito.** Recurso defensivo parcialmente provido, apenas para excluir a alínea “a” do art. 626 do CPPM das condições do sursis, mantendo os demais termos da Sentença recorrida. Maioria. (Superior Tribunal Militar. nº 0000136-03.2014.7. 07.0007. Relator(a): Ministro(a) MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS. Data de Julgamento: 12/9/2017, Data de Publicação: 6/10/2017) (Grifo nosso).

Como demonstrado e reconhecido na Sentença recorrida, a autoria e a materialidade restaram cabalmente comprovadas.

Quanto à materialidade, consta dos autos o documento “**DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO**” (Evento 12, documento 1, fl. 40 dos autos nº 7000094-58.2019.7.03.0203), que denota o preenchimento do campo correspondente ao tempo de serviço prestado a órgãos públicos com traços horizontais.

No tocante à autoria, em que pese a Acusada ter negado a prática delitativa, os depoimentos testemunhais são consistentes e demonstram que Lenise Machado SÜSSENBACH preencheu a Declaração e a assinou. A autenticidade do preenchimento do referido documento é corroborada pelo fato de a assinatura da Acusada ter sido reconhecida por tabelião.

Ausente qualquer excludente de crime ou de culpa, e analisando tudo que dos autos consta, demonstra-se evidente a pretensão da Ré de alterar dolosamente a verdade por meio de omissão e assim atentar contra a Administração Militar.

É de registrar que condutas como a perpetrada pela Acusada demonstram um elevado grau negativo no âmbito da caserna. Isso porque a impunidade em hipóteses de práticas delitivas como a do presente feito pode desencadear em uma sequência de infrações semelhantes por aqueles que se encorajam a cometer crimes de falsidade, a fim de obter vantagens ilegais. Assim, delitos como o dos autos não podem passar despercebidos pelo crivo da Justiça Castrense, devendo ser alvos de sanções exemplares em respeito aos princípios da hierarquia e disciplina, e, conseqüentemente, coibindo o surgimento de intentos do mesmo jaez no interior das Forças Armadas.

A conduta de falsidade ideológica imputada à Lenise Machado SÜSSENBACH restou devidamente comprovada, e os depoimentos e as provas documentais constantes do processo sustentam seguramente sua condenação.

Passando ao cálculo da pena, tem-se que, na primeira fase, o conjunto das circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM mostra-se favorável à Apelada, diante do que fixo a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano de reclusão.

Na segunda fase, verifica-se que não existem agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento e de diminuição da pena, é tornada definitiva a pena em **1 (um) ano de reclusão**.

É concedida à Ré a suspensão condicional da execução da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, com base no artigo 84 do Código Penal Militar, c/c o artigo 606 do Código de Processo Penal Militar, nas condições previstas no artigo 626 do CPPM, ressalvada a da alínea “a”, além do comparecimento trimestral na sede do Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM.

Fixo o regime prisional inicial aberto, de acordo com o estabelecido no art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal brasileiro, se porventura não forem aceitas ou se descumpridas as condições do *sursis*.

**Diante do exposto**, dou provimento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença *a quo* e condenar LENISE MACHADO SÜSSENBACH, à pena de 1 (um) ano de reclusão pela prática do delito previsto no art. 312 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, nas condições anteriormente descritas e o regime inicialmente aberto. Designo o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM para presidir a audiência admonitória, de acordo com o previsto no art. 611 do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar, suscitada pela douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de nulidade da Sentença, por incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para julgar monocraticamente o feito; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de prescrição da pretensão punitiva arguida pela Defesa. No mérito, **por unanimidade**, em dar provimento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença *a quo* e condenar Lenise Machado Süssenbach à pena de 1 (um) ano de reclusão pela prática do delito previsto no art. 312 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, nas condições anteriormente descritas e o regime inicialmente aberto, designando o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM para presidir a audiência admonitória, de acordo com o previsto no art. 611 do CPPM.

Brasília, 9 de dezembro de 2021 – Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro-Relator.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA**

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA  
Apelação Nº 7000549-63.2021.7.00.0000

Trata-se de recurso de Apelação, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, contra Sentença proferida pelo Juiz Federal Militar da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, que absolveu a recorrida LENISE MACHADO SÜSSENBACH da imputação da prática do delito previsto no art. 312, *caput*, do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “b”, do CPPM.

O recurso é tempestivo, cabível, adequado e foi interposto por parte legítima e interessada, devendo ser conhecido.

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA  
POR INCOMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL MILITAR  
PARA O JULGAMENTO DO FEITO, SUSCITADA PELA PGJM EM PARECER**

Sustentou o Subprocurador-Geral da Justiça Militar que, *in litteris*:

(...) a perda superveniente da condição de militar não transfere a competência para o Juiz Singular, pois tratando-se de processo que envolveu militar na época dos fatos, aplica-se ao caso a recente decisão proferida pelo E. STM no IRDR nº 7000425- 51.7.00.000, de 5/9/2019/DJE, que, por unanimidade, firmou entendimento de que compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça o julgamento de civis que praticam crimes militares na condição de militares das Forças Armadas, pouco importando o desligamento posterior da Força respectiva.

Apesar de partir de uma premissa correta, a situação dos autos não diz respeito a militar que perdeu a condição em momento posterior à prática delitiva. *In casu*, para desconstituir o Conselho Especial de Justiça, o Juiz Federal Militar considerou, dentre outras questões (evento 36 do processo originário), que a ré não ostentava a condição de militar quando da apresentação da Declaração de Tempo de Serviço Público.

Na Sentença, esclareceu que:

(...) conforme reiterado pelo próprio *Parquet* das Armas (Evento 11), a imputação cinge-se na apresentação de documento ideologicamente falso por civil, então candidata a oficial temporário em certame público, o que fundamentou a assunção da competência monocrática em decisão de saneamento e organização do processo (Evento 36).

Assim, embora o período militar esteja narrado na exordial acusatória (Evento 01) e não se desconheça o acervo documental referente às declarações de tempo de serviço prestadas pela acusada LENISE MACHADO SÜSSENBACH na condição de militar da ativa, especialmente os documentos apresentados perante a administração

militar em 09/10/2012 (IPM - Evento 12, documento 03, fl. 21) e 10/03/2016 (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 18), tais elementos não serão considerados para formação da convicção judicial, sob pena de ofensa ao princípio da congruência ao pedido e indevida supressão da competência do Conselho Especial de Justiça (Súmula 17 do STM).

Aliás, do evento 11 do processo originário se extrai manifestação do próprio MPM, com o intuito de definir o órgão julgador, na qual esclarece que “a exordial registra que a ora denunciada apresentou o documento particular que se adjetiva como omissa, em 7/7/2011, quando ostentava a condição de civil”.

Assim, considerando que a conduta delitiva objeto do presente processo se restringiu à apresentação de documento ideologicamente falso pela candidata a oficial temporário em certame público, quando ainda estava na condição de civil, competente ao Juiz Federal Militar o julgamento do presente feito, não havendo que se falar em nulidade da Sentença recorrida, razões pelas quais rejeitei a preliminar suscitada pela PGJM.

#### **PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO SUSCITADA PELA DEFESA**

Quanto à prejudicial de mérito da prescrição arguida pela Defesa, entendi que sorte não lhe assiste.

Cediço que, nos termos do art. 125, §2º, “d”, do CPM, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional nos delitos de falsidade se inicia na data em que o fato se torna conhecido.

Consoante se depreende dos autos, a despeito da Declaração de Tempo de Serviço, documento no qual foi omitido o tempo de serviço público prestado anteriormente à convocação da apelada, ter sido datado de 7/7/2011, a ausência de informação somente foi descoberta quando LENISE MACHADO SÜSSENBACH prestou, em 13/12/2018, informações requisitadas pelo Diretor do Hospital da Guarnição de Bagé.

Desse modo, acusada da prática de falsidade ideológica, crime ao qual é cominada a pena máxima de 3 (três) anos de reclusão e, por isso, o prazo para que ocorra a prescrição é de 8 (oito) anos, não há que se falar em perda da possibilidade punitiva, uma vez que entre a data da descoberta do falso e o recebimento da Denúncia não decorreu sequer um 1 (um) ano.

Portanto, rejeitei a prejudicial de mérito de prescrição suscitada pela Defesa.

#### **MÉRITO**

No mérito, entendi que o recurso do MPM comporta provimento.

No que diz respeito à autoria e à materialidade delitivas não há qualquer questionamento nos autos, restando ambas reconhecidas na Sentença, da qual se extrai que, *in litteris*:

(...)

**não pairam dúvidas sobre a existência material do documento intitulado “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” e o não preenchimento da informação sobre o tempo de serviço prestado a órgãos públicos**, cujo campo documental apropriado se encontra lacunoso, com traços horizontais (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 40), a despeito de a acusada **LENISE MACHADO SUSSENBACH** contar, ao tempo da declaração, com 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de vínculo estatutário com a Prefeitura Municipal de Bagé/RS, em razão do exercício do cargo de Odontóloga, a contar do dia 19/01/2010, por força da Portaria 3012/2009 (IPM - Evento 12, documento 01, fl. 55).

Portanto, **provada documentalmente a materialidade do fato narrado na denúncia.**

(...)

De tudo que foi dito em Juízo, pode-se concluir, no que é pertinente aos autos, de que a acusada **LENISE MACHADO SUSSENBACH**, **pretendendo ingressar nos quadros do Exército Brasileiro, preencheu o documento intitulado “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” sem informar a duração do seu vínculo com a Prefeitura Municipal de Bagé/RS, e entregou tal documento para a Comissão de Seleção Especial constituída pelo Edital SSMR/3 Nº 001 - MFDV, de 01 de junho de 2011, da 3ª Região Militar.**

Deveras, tal conclusão pode ser extraída, estreme de dúvidas, pelo fato de a assinatura ter tido a sua autenticidade reconhecida por tabelião, o que torna certo de que acusada **LENISE MACHADO SUSSENBACH** foi responsável pelo preenchimento das informações constantes no documento, inclusive pelos traços horizontais no campo pertinente ao tempo de serviço público, o que, aliás, foi admitido pela própria acusada **LENISE MACHADO SUSSENBACH** no seu interrogatório (Evento 209 - documentos 17/25).

**Provada, pois, a autoria dos fatos narrados na peça incoativa.**  
(Grifos no original).

Portanto, a irresignação do MPM diz respeito ao entendimento do magistrado de que não ocorreu atentado à administração ou ao serviço militar, porque a “DECLARAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À CONVOCAÇÃO” tinha como única função impedir que fossem admitidos candidatos com mais de dois anos de serviço público, afastando o entendimento de que o documento se prestava a embasar pedidos de

prorrogação de tempo de serviço e que a apelada tinha intenção de ocultar outro vínculo público.

A despeito de, *a priori*, mostrar-se plausível a conclusão do Magistrado quando afirmou “não se mostra crível que ela planejasse um reengajamento ilegal no então longínquo ano de 2017, uma vez que isso dependeria de circunstâncias totalmente alheias a sua vontade”, a afirmação cai por terra quando, após várias prorrogações, em 1º/10/2018, a apelada requereu a prorrogação do tempo de serviço pelo oitavo ano (Evento 12, Doc. 6, fl. 3, IPM nº 00000094-58.2019.7.03.0203).

Consoante se extrai dos autos, LENISE MACHADO SÜSSENBACH, entre 1º/2/2012 e 28/8/2013, acumulou dois cargos públicos (um militar e outro estatutário no âmbito municipal) e, entre 29/8/2013 e 31/1/2019, três cargos públicos (um militar e outros dois estatutários no âmbito municipal), apesar de constar no Edital de Convocação de MÉDICO(A), FARMACÊUTICO(A), DENTISTA E VETERINÁRIO(A), ano de 2012 (Evento 12, Doc. 7, fls.2-12, IPM nº 7000094-58.2019.7.03.0203) vedação expressa, nos seguintes termos:

### 13. DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR (...)

e. O Serviço Militar não poderá ser prestado cumulativamente com qualquer cargo, emprego ou função pública, ainda que da administração indireta.

Ainda, da “FICHA DE INSCRIÇÃO PARA CONVOCAÇÃO DE OFICIAL R/2”, por ela assinada (Evento 12, Doc.7, fls. 15-17, Inquérito Policial Militar nº 00000094-58.2019.7.03.0203) extrai-se o seguinte:

e. O Oficial Temporário do EIS e do EST não poderá ultrapassar o tempo máximo de oito anos de efetivo serviço, contínuos ou interrompidos, computados, para esse efeito, todos os tempos de serviço público (inicial, de estágios, prorrogações e outros). Dos Parágrafos I e II do Arto 48 das LG10-68 – Port Nr 462 – Cmt Ex, de 21 AGO 03 (Alterada pela Portaria Nr 528, de 29 JUN 10);

Mais, em 9/10/2012, quando ainda civil e voluntária à convocação para o Estágio de Instrução e Serviço (EIS), LENISE MACHADO SÜSSENBACH assinou documento em que constava que as prorrogações de tempo de serviço não podiam ultrapassar 8 (oito) anos, considerados para tal fim todo o tempo de serviço público que ela tivesse (Evento 12, Doc. 7, fl. 18, Inquérito Policial Militar nº 00000094- 58.2019.7.03.0203).

Na oportunidade, a apelada declarou, *in litteris*, que:

Eu, LENISE MACHADO SUSSENBACH, Idt 1100881471, CPF 969.790.700-53, nascida aos 21 dias do mês de novembro de 1981, filha de Telmo Jardim Sussenbach e Itatiane Machado Sussenbach, declaro que

sou voluntária à convocação para o Estágio de Instrução e Serviço(EIS), pelo período de 01 (um) ano, como Oficial, para o Serviço Militar Temporário, sujeitando-me, se for aceita, a todos os deveres e obrigações militares previstos na legislação em vigor, e conhecedor que poderei obter, dependendo da existência de vagas e do meu desempenho profissional, prorrogações anuais, não ultrapassando o período de oito anos, contando, para isso, todo o tempo que tenha de serviço público.

Declaro, também, para todos os fins, serem verdadeiras as informações fornecidas, Ciente da responsabilidade criminal prevista nos Art. 299 e 304 (falsidade ideológica) do Decreto-Lei Nr 2.848, de 7 DEZ 40 – Código Penal, e Art. 312 (falsidade) do Decreto-Lei Nr 1.001, de 21 OUT1969 – Código Penal Militar (CPM).

Portanto, assiste razão ao MPM quando afirma que a apelada intencionava permanecer no Exército por tempo superior ao permitido nos regulamentos, tal qual ocorreu, uma vez que ela, por ter 1 (um) ano, 11 (meses) e 17 (dezesete) dias de serviço público em 31/12/2011, só tinha permissão para permanecer pelo prazo máximo de 6 (seis) anos, mas permaneceu por 7 (sete) anos e só não prorrogou mais ainda a sua permanência porque a administração militar tomou conhecimento da irregularidade de sua situação.

Assim, o argumento do Juiz Federal de que era impossível imaginar a existência de dolo ou planejamento criminoso para garantir a prorrogação de serviço militar por mais de 6 (seis) anos não pode ser aceito quando as provas dos autos demonstram com clareza a intenção de LENISE MACHADO SÜSSENBACH de acumular indevidamente cargo público e de prorrogar sua permanência no serviço militar por tempo indevido.

*In casu*, a apelada omitiu informação de que tinha o dever de colocar em documento e quando podia facilmente obtê-la, bastando saber a data em que iniciou a prestar serviço na Prefeitura de Bagé, data esta que não era tão distante, menos de 2 (dois) anos.

Para reforçar seu intuito doloso e seu descaso com as normas e regulamentos, em 29/8/2013, LENISE MACHADO SÜSSENBACH passou a ocupar o terceiro cargo público, acumulando indevidamente cargos e salários.

Diante de tal situação, cumpre ressaltar a relevância da informação omitida na Declaração de Tempo de Serviço Anterior, haja vista que, caso constasse dos registros da Força que ela, na data em que se apresentou ao Exército ainda não havia se desvinculado da Prefeitura, certamente não seria possível sua permanência, ou lhe seria exigido o comprovante de desvinculação com órgão municipal. Também não haveria prorrogação indevida na prestação de serviço militar.

Ou seja, a informação omitida tinha relevância jurídica e a sua ausência, coadunada com as provas juntadas aos autos, demonstram o dolo da apelada quando colocou traços nos espaços reservados ao tempo de serviço já prestado por ela, indicando que não havia período a ser declarado.

Importa registrar que o próprio Juiz Federal considerou que a conduta da apelada de acumular cargos “configura graves ilícitos civis e administrativos, que devem ser apurados nas instâncias apropriadas”.

Nesse conspecto, cumpre ressaltar que, para tais ilícitos se concretizarem, LENISE MACHADO não poderia informar que possuía serviço público até a data de sua convocação porque, repise-se, teria que comprovar não mais prestar serviço público a partir daquele dia, ainda que mediante a apresentação de documento produzido posteriormente, mas no qual constasse a informação de que ela não havia permanecido na municipalidade após seu ingresso no serviço militar. Praxe administrativa que não importaria em nenhum esforço ou dificuldade para a apelada.

Por fim, também merece reforma a Sentença no ponto em que afirma não incidir a apelada “na cláusula proibitiva de ingresso no EAS/EIS” porque comprovado estar ela prestando serviço público, sem que tivesse requerido sua exoneração no momento em que ingressou no serviço militar. Ao contrário, pleiteou a prorrogação de sua permanência por tempo superior ao permitido.

Portanto, entendi que há nos autos prova apta a demonstrar a existência de dolo na conduta da apelada, razão por que a Sentença absolutória deve ser reformada para que LENISE MACHADO SÜSSENBACH seja condenada como incurso nas penas do art. 312 do Código Penal Militar.

Passo à dosimetria da pena.

Sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM, apliquei a pena-base em seu mínimo legal, 1 (um) ano.

À mingua de circunstâncias agravantes ou atenuantes, e ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, fixei a pena definitiva em 1 (um) ano de reclusão.

*Ex positis*, votei pelo conhecimento e pelo provimento do Apelo interposto pelo MPM, para condenar a civil LENISE MACHADO SÜSSENBACH como incurso no art. 312 do CPM, à pena de 1 (um) ano de reclusão, com o regime prisional inicialmente aberto e com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, devendo cumprir as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a da alínea “a”, com a obrigatoriedade de comparecimento

trimestral perante o Juízo da Execução, designando o Juiz Federal da 2ª Auditoria da 3ª CJM para presidir a audiência admonitória, ex vi do art. 611 do último Diploma Legal.

Superior Tribunal Militar, 9 de dezembro de 2021.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha  
Ministra do STM

---

---

**APELAÇÃO Nº 7000770-80.2020.7.00.0000**

---

Relator: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Revisor: Min. Alte Esq Leonardo Puntel.

Apelantes: Andréia Carla Martins Cavalcanti, civil; Flávio Francisco da Silva, civil; Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, ex-1º Ten R/1 Ex; Izabella Xavier Falcão de Souza, 1º Ten R/2 Ex; José Humberto da Silva, civil; Keliane Michelle Martins de Araújo, civil; Luiz Alberto de Almeida Braga, Ten Cel R/1 Ex; Mário Pereira do Nascimento Filho, Cel R/1 Ex; Newton Figueiredo Corrêa, Cel R/1 Ex; Stanley de Oliveira Cipriano, 1º Ten R/2 Ex; Urionilo de Santana Júnior, 1º Ten R/2 Ex; Valdirson Lacke de Araújo, civil.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogados: Dr. Emerson de Araújo Beltrão (OAB: PE45842), Dra. Valéria da Silva Ramos (OAB: DF16183), Dr. Marcelo Bello da Costa (OAB: RJ116223), Dr. Silvio Cesar Cardoso de Freitas (OAB: DF59182), Dr. André Jansen do Nascimento (OAB: DF51119), Dr. Thiago Villaça Cardoso de Mello (OAB: PE21950), Dra. Ielva Pryscylla Ferreira de Melo (OAB: PE25772), Dra. Pryscylla Ferreira de Melo (OAB: PE25772), Dr. Breno Tenório Gonçalves da Silva (OAB: PE33335), Dr. José Mário Ramos Correia de Araújo (OAB: PE47165), Dr. Paulo Rubem Medeiros Coelho (OAB: PE22337), Dra. Yngrid Patrocínio Matos (OAB: 48884), Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

APELAÇÕES. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). ESTELIONATO. ART. 308, § 1º, DO CPM. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 309, PARÁGRAFO ÚNICO. CORRUPÇÃO ATIVA. ART. 337 DO CPM. SUBTRAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE LIVRO, PROCESSO OU DOCUMENTO. ART. 96, INCISO III, DA LEI 8.666/1993. FRAUDE À LICITAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU) E DEFESAS CONSTITUÍDAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AÇÃO DE INDIVÍDUOS PARA EXECUÇÃO DE EMPREITADA CRIMINOSA EM HOSPITAL MILITAR. SIMULAÇÃO DE DESPESAS. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. NÃO PROVIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO E PROVIMENTO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

I - A nulidade não arguida na primeira oportunidade de manifestação no processo leva à preclusão temporal, que consiste em imutabilidade de matéria secundária do processo, por perda de uma faculdade, de um direito processual não exercido em tempo oportuno. Rejeitada a preliminar de cerceamento do direito de defesa relativa à não juntada de documentos solicitados pela parte.

II - O art. 538 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) não prevê o cabimento de Embargos de Declaração após Sentença em primeira instância, mas sim no âmbito do Superior Tribunal Militar. Rejeitada preliminar defensiva para conhecimento dos Aclaratórios em primeira instância.

III - A perícia realizada na fase de investigação policial submetida ao contraditório e à ampla defesa durante o processo resta validada na condição de prova apta à condenação, não obstante sua origem indiciária. Rejeitada preliminar por cerceamento de defesa.

IV - A denúncia anônima, isoladamente, não serve para embasar a abertura de inquérito, mas tem força suficiente para justificar diligências preliminares com o objetivo de apurar a verdade das informações obtidas. Rejeitada a preliminar de nulidade do Inquérito Policial Militar (IPM).

V - Conforme art. 125, inciso V e § 1º, do CPM, a prescrição da Ação Penal, sobrevindo Sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e ocorre em 8 anos, se o máximo da pena é superior a 2 e não excede a 4 anos. Não ocorreu lapso temporal entre os marcos interruptivos da prescrição da pretensão punitiva relativa ao crime do art. 96, inciso III, da Lei 8.666/1993. Preliminar rejeitada.

VI - A hipótese dos autos se encaixa perfeitamente na regra do art. 30, I-B, da Lei 8.457, de 4.9.1992, que, por tratar de questão de competência absoluta, portanto de ordem pública, cogente e processual, deve ser aplicada imediatamente. A incompetência absoluta não se prorroga nem se perpetua, de sorte que o Conselho Especial de Justiça para o Exército (CEJ/Ex), ao perder a competência pela mudança legislativa, não poderia mais atuar no feito. Rejeitada a preliminar de nulidade absoluta, por alegada incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar monocraticamente a causa.

VII - Ação criminosa dos militares centrada no empenho de valores financeiros de Organização Militar do Exército Brasileiro referente à compra de medicamentos e materiais de informática, solicitados inicialmente mediante Parte Requisitória e que, após, deram ensejo à liquidação dos referidos empenhos, pagos às pessoas jurídicas do “núcleo civil” de forma indevida, de modo a acarretar prejuízo ao erário.

VIII - Resta consumado o delito de estelionato diante do flagrante ardil empregado com ficto fornecimento de produtos, da vantagem indevidamente obtida por meio de pagamentos às empresas por bens nunca fornecidos e do prejuízo vivenciado pela Vítima, representada na Administração Militar pelo desembolso com coisas nunca compradas.

IX - É possível inserir-se na cadeia do *iter criminis* dos estelionatos perpetrados por ação ou omissão, com auxílio fundamental no posterior sucesso da dilapidação do dinheiro público. A prática pode se dar de forma dolosa via inações conscientes e voluntárias do indivíduo, que devia e podia evitar que se consumasse o fato delituoso.

X - O fato de o militar ter recebido ou não vantagem pessoal, para si ou para outrem, é fator irrelevante para a ocorrência dos estelionatos. Portanto, a não localização de transferências ou depósitos em sua conta bancária, além da não percepção de enriquecimento injustificado em suas declarações de renda, são fatores que não auxiliam a Defesa, embora também não sejam desabonadores de qualquer forma.

XI - Falta razão para que esta Corte perquiria acerca da dosimetria não teratológica, ilegal ou inconstitucional estabelecida no *Decisum* e se imiscua em um juízo que é, de regra, mais bem procedido pelo Julgador que está próximo da coleta probatória.

XII - As ocorrências relativas à inexigibilidade de conduta diversa revelam, em seu cerne, uma hipótese fática em que a pessoa alvo da coerção, da ordem ou do estado de necessidade, ainda que livre fisicamente, restou forçada mentalmente pelas circunstâncias a tomar uma rota que a levou ao ilícito. Não há que se falar em configuração de quaisquer das excludentes diante do fato de o Réu deter ascendência hierárquica, não ter direito seu em perigo e por não vislumbrar coação irresistível que estivesse a sofrer.

XIII - A situação dos autos não se enquadra no entendimento construído por este Tribunal acerca da permanência do estelionato previdenciário, pois, ao invés de um singelo ardil, os envolvidos no delito, a cada Nota Fiscal “fria” e, em seguida, a cada respectivo pagamento, praticaram um estelionato diferente, com astúcia, vantagem e prejuízo próprios.

XIV - Com fundamento no princípio do *in dubio pro reo* cabe absolvição de Acusado pelo fato de não ter sido comprovado em instrução probatória que suas ações, possivelmente criminosas, realmente detinham direcionamento à prática dos delitos a ele imputados.

XV - O título do Capítulo em que se insere o art. 337 do CPM – Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração – não exclui a possibilidade da sua prática por militar da ativa, pois a terminologia usada (“particular”) é meramente um indicativo de quem, em regra, seria o sujeito ativo, porém não obrigatoriamente. Tal fato se denota pela ausência de previsão nas elementares do tipo de que o agente necessite deter a qualidade de civil.

XVI - A pena mais alta prevista no Código Castrense ou no Código Penal comum revela uma escolha legislativa, a qual, salvo situações muitíssimo excepcionais, não justifica subversão de tal opção pelo Poder Judiciário.

XVII - Para a consumação do delito previsto no art. 308 do CPM basta que o agente receba vantagem indevida ou aceite promessa, observados os demais requisitos referentes à correlação com o atual ou futuro cargo, independentemente de a vantagem beneficiá-lo direta ou indiretamente, até mesmo beneficiar outrem.

XVIII - A configuração do crime de corrupção ativa pelo corruptor é fato independente da corrupção passiva e, em certa medida, irrelevante, pois o tipo em análise pode se consumir mesmo que não se consiga punir aquele que corrompeu ou ainda que não tenha ocorrido um ato de corrupção ativa.

XIX - Preliminares rejeitadas por unanimidade. Recursos conhecidos, desprovidos, providos em parte e providos. Decisão de mérito unânime.

---

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, presente o Dr. Giovanni Rattacaso, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade por cerceio de defesa, suscitada pela defesa do apelante Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga, referente à Auditoria Não Programada realizada entre os dias 13 e 29.3.2012 e Perícia Contábil, ambas da 7ª ICFEx; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de cerceamento do direito de defesa suscitada pela Defesa dos apelantes ex-1º Ten R1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, Andréia Carla Martins Cavalcanti e Flávio Francisco da Silva, referente à não juntada de documentos relativos à entrada e saída de medicamentos, uma vez operada a preclusão consumativa; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade por não conhecimento dos Embargos de Declaração em primeira instância suscitada pela defesa da apelante 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade da auditoria contábil suscitada pela defesa da apelante 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade do Inquérito Policial Militar, suscitada pela defesa da apelante 1º TEN R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza, visto que o referido Inquérito foi fundamentado em denúncia anônima, uma vez que houve apuração prévia antes da instauração do Inquérito; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade por cerceio de defesa, suscitada pela defesa dos apelantes José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo, referente à não juntada de documentos relativos à entrada e saída de medicamentos, uma vez operada a preclusão consumativa; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de prescrição da pretensão punitiva suscitada pela defesa dos apelantes José

Humberto da Silva e Keliene Michelle Martins de Araújo, relativa ao crime do art. 96, inciso III, da Lei 8.666/1993, com fundamento no art. 125, inciso V, c/c o § 1º e 5º, do CPM; **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de nulidade absoluta, por incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar a causa singularmente, arguida em tribuna pela Defesa do apelante Ten Cel Luiz Alberto de Almeida Braga. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, o Tribunal decidiu: I. pelo desprovimento do Apelo movido pelo Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga; do Apelo movido conjuntamente pelo Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho e por Valdilson Lacke de Araújo; do Apelo movido pelo Cel R/1 Newton Figueiredo Correa; do Apelo movido pela 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; e do Apelo movido conjuntamente por José Humberto da Silva e por Keliene Michelle Martins de Araújo, de modo a manter na íntegra a Sentença por eles recorrida; II. pelo provimento do Apelo movido em favor de Flávio Francisco da Silva, para, ao mudar a Sentença recorrida, absolvê-lo com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM; III. pelo desprovimento do Apelo interposto conjuntamente por ex-1º Ten R1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, e Andreia Carla Martins Cavalcanti, mantida na íntegra as condenações de ambos; IV. pelo provimento do Apelo movido conjuntamente por 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior, para, ao mudar a Sentença recorrida, absolver ambos da integralidade da condenação a eles imposta; e V. pela extensão das absolvições indicadas no item acima aos Corréus Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga, Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho e 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza, nos estritos limites da fundamentação exposta neste Voto, forte no efeito extensivo previsto no art. 515 do CPPM, mantidas as condenações dos três em todo o restante, inclusive no **quantum** de pena, nos termos do voto do Relator Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Leonardo Puntel (Revisor), Artur Vidigal de Oliveira, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Carlos Vuyk de Aquino, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. Ausência justificada dos Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Celso Luiz Nazareth. Declarou-se suspeito o Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, na forma do art. 141 do RISTM. Na forma regimental, usaram da palavra os Advogados da Defesa, Drs. Ielva Pryscylla Ferreira de Melo, Silvio Cesar Cardoso de Freitas, Breno Tenorio Gonçalves da Silva, Carlos Alberto Gomes, Paulo Rubem Medeiros Coelho, Jose Mário Ramos Correia de Araújo e Emerson de Araújo Beltrão, e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Giovanni Rattacaso. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 18/11/2021).

## RELATÓRIO

Cuida-se de **Recursos de Apelação** interpostos pela Defensoria Pública da União na defesa do Coronel da Reserva (Cel R/1) Mário Pereira do

Nascimento Filho e do civil Valdirson Lacke de Araújo, e pelas respectivas Defesas constituídas pelo Tenente-Coronel da Reserva (Ten Cel R/1) Luiz Alberto de Almeida Braga; Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa; ex-Primeiro-Tenente R/1 (ex-1º Ten R/1) Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho; 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior, todos do Exército Brasileiro; e pelos civis Andréia Carla Martins Cavalcanti, Flávio Francisco da Silva, José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo condenados pelo MM. Juízo Monocrático da Auditoria da 7ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM) pela prática das figuras delitivas previstas no art. 251, *caput* e § 3º, do Código Penal Militar – *estelionato*; no art. 96, III, da Lei 8.666/1993 – *fraude à licitação*; no art. 309, parágrafo único, do CPM – *corrupção ativa majorada*; no art. 308, § 1º, do CPM – *corrupção passiva majorada*; e no art. 337, *caput*, do CPM – *subtração ou inutilização de livro, processo ou documento*.

O Ministério Público Militar (MPM) ofertou a Denúncia contra os ora Apelantes em 22.2.2018, aditada em 20.3.2018. Narra a Inicial Acusatória que, nos últimos meses de 2011 e início do ano de 2012, os Indiciados cometeram, em união de desígnios, conforme condutas individualizadas na referida peça, os crimes previstos nos artigos 251, 303, 308, 309, 312 e 315, todos do *Códex Milicien* – *estelionato*, *peculato*, *corrupção passiva*, *corrupção ativa*, *falsidade ideológica* e *uso de documento falso* – e, ainda, o delito capitulado no art. 96, III, da Lei 8.666, de 21.6.1993 – *fraude à licitação*.

Aduz o *Parquet* que os “autos revelam a existência de organização criminosa composta por militares com atuação no Hospital Militar de Área do Recife (HMAR)” e pelos Denunciados civis, administradores de empresas fornecedoras contratadas, cuja trama criminosa consistiu na simulação de despesas mediante a emissão de diversas Notas de Empenho destinadas à aquisição de: materiais químicos, copa/cozinha, limpeza, material elétrico, combustíveis e lubrificantes; com o seu conseqüente pagamento, sem que, no entanto, houvesse a efetiva entrega dos bens adquiridos. Assim, indicou-se haver um prejuízo de R\$ 4.414.330,15 em desfavor da União.

No curso da instrução processual foram acostados aos cadernos processuais diversos documentos, tais como: Notas de Empenho; relação de Notas Fiscais investigadas; Autos de Constatação; Relatórios de Movimentação de Almoxarifado e Inventários; Boletins Administrativos; Relação de Gastos e Relatório de Passagem de Cargos e Encargos de Almoxarifado; “Cartas de Crédito” emitidas em favor do HMAR; Tabelas Comparativas; Termos de Acareação; entre outros.

O feito, então, veio à alçada desta Justiça Militar da União (JMU) por força da Decisão Declinatoria de Competência proferida pela 13ª Vara Federal de Pernambuco, em 14.6.2012.

Recebido o processo por esta Justiça Especializada, após anexados mais documentos, em 17.8.2012, o Juízo de origem deferiu o pedido do MPM e determinou a quebra dos sigilos bancário e fiscal de diversos Acusados.

Seguiu-se a colação de documentos, inclusive consultas relativas a bens móveis e imóveis de propriedade dos Denunciados, bem como dados telefônicos da 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza.

Em 30.1.2014, foi reconhecida a conexão do Inquérito Policial Militar 0002-10.2013.7.07.0007 com o IPM 0091-67.2012.7.07.0007, e as investigações prosseguiram nos autos deste último.

Os Capitães Ronaldo Bento Júnior e Tiago Pedreiro de Lima; o ex-Capitão Wagner Silva de Siqueira; o Tenente R/2 Osíris Góes Júnior; e o Subtenente Sérgio Roberto de Santana foram ouvidos como Testemunhas de Acusação.

Por sua vez, colheram-se os depoimentos das Testemunhas de Defesa: 2º Sgt Diogo Vinicius Martins da Cruz, arrolado pelas Defesas do 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior e da 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; 2º Sgt Paulo Tarcízio de Oliveira, arrolado pela Defesa do Maj R/1 Tarcízio; Capitão Sérgio Luis de Oliveira e Subtenente Sandro de Jesus Guimarães, ambos arrolados pela Defesa do Ten Cel R/1 Marco Aurélio da Silva Andriani; Coronéis R/1 Manoel Gomes Cabral Filho e Ivson Gouveia Cursino, ambos arrolados pela Defesa do Cel R/1 Antônio Sérgio de Andrade; Maj Giovanni Angelo Coreia de Oliveira, TC R/1 Jorge Xavier do Nascimento e ex-Cabo Alessandro Rosendo de Moraes, todos arrolados pela Defesa da 1º Ten R/2 Izabella; TC R/1 José Almir da Silva, arrolado pela Defesa do Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa; Subtenentes Carlos Alexandre de Albuquerque e José Carlos Cordeiro do Nascimento e ex-Sd Welder Reice Gomes da Silva, todos arrolados pela Defesa do Maj R/1 Alexandre Graciano da Silva; ex-3º Sgt Victor Cesar Ferreira Paixão, arrolado pela Defesa de Urionilo; o Cap R/1 Alexandre Fernandes Silva Neto, a 1º Ten PMPE Djanira Ferreira de Lima e a SO Cassia Aparecida Fiari Tigre, todos arrolados pela Defesa do 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano; Cel Adelson Robbi, arrolado pela Defesa do Cel R/1 Washington Luiz Lima Teixeira; o Maj Rafael José Almeida, arrolado pela Defesa do Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga e outras Testemunhas arroladas pelas Defesas dos civis Keliene Michelle e José Humberto da Silva.

O Conselho Especial de Justiça para o Exército (CEJ/Ex), na competente Sessão, decretou a revelia do Indiciado civil Valdilson Lacke de Araújo, o qual, embora corretamente citado por edital, não se fez presente ao ato.

Outrossim, os demais Acusados foram regularmente citados, qualificados e interrogados, devidamente assistidos por suas respectivas Defesas, na seguinte

ordem: em 16.10.2018, Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga e 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; em 17.10.2018, Coronéis R/1 Washington Luiz Teixeira e Newton Figueiredo Corrêa; em 27.11.2018, Cel R/1 Antônio Sérgio de Andrade, Ten Cel R/1 Marco Aurélio da Silva Andriani, Maj R/1 Alexandre Graciano da Silva, ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior e os civis Andréia Carla Martins Cavalcanti, Flávio Francisco da Silva e Romero Octaviano de Souza Filho; em 28.11.2018, 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e os civis José Humberto da Silva, Víctor Emanuel Boroni dos Santos e Keliane Michelle Martins de Araújo; em 21.10.2019, Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho.

Em decorrência da sobrevinda da Lei 13.774, de 19.12.2018, a ilustre Magistrada singular proferiu Decisão, em 8.1.2019, por meio da qual dissolveu o CEJ/Ex, em virtude da retirada legal da competência do órgão colegiado na hipótese em que os militares são acusados juntamente com civis no mesmo processo.

Na fase do art. 427 do Código de Processo Penal Militar, as partes pleitearam a realização de diligências e a juntada de mais documentos, o que foi deferido pelo Juízo *a quo*.

Aberta *Vista* sucessiva às partes para os fins do art. 428 do Encarte Adjetivo Castrense, o MPM consignou que a instrução probatória confirmou, parcialmente, os fatos descritos na Inicial Acusatória. Ainda, reconheceu a ausência de dolo do Acusado Cel R/1 Antônio Sérgio de Andrade, por ter atuado unicamente como substituto durante as férias do Cel Figueiredo.

Assim, pugnou pela condenação dos Denunciados: 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza, Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga, Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa, Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho, Maj R/1 Alexandre Graciano da Silva, ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, civil Andréia Carla Martins Cavalcanti, civil Romero Octaviano de Souza Filho, civil Valdilson Lacke de Araújo, 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior, 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano, civil José Humberto da Silva, civil Víctor Emanuel Boroni dos Santos, civil Keliane Michelle Martins de Araújo e Cel R/1 Washington Luiz Lima Teixeira.

Em tempo, postulou a absolvição dos Acusados Cel R/1 Antônio Sérgio de Andrade, civil Flávio Francisco da Silva e Ten Cel R/1 Marco Aurélio da Silva Andriani.

A seu turno, a Defesa dos Indiciados Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho e civil Valdilson Lacke de Araújo advogou pelas suas absolvições, ante a falta de provas suficientes a lastrear o Édito Condenatório, bem como pela atipicidade da conduta do Tenente-Coronel e da ausência de dolo.

Já a Defesa do Acusado Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa pontuou que o MPM não logrou êxito em comprovar a prática de qualquer ato ilícito de sua parte, o que conduz à sua absolvição.

A Defesa da Indiciada 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza refutou os fatos ilícitos a ela atribuídos, os quais sustenta ser de responsabilidade de seu superior hierárquico, o que atrai em seu favor a respectiva excludente de culpabilidade relacionada, prevista no art. 38, “b”, do CPM.

A Defesa do Acusado Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga impugnou as provas produzidas pelo MPM e ponderou que o mencionado órgão não foi capaz de demonstrar a autoria e a materialidade do crime que lhe foi imputado.

A Defesa dos Indiciados ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho e dos civis Andréia Carla Martins Cavalcanti e Flávio Francisco da Silva argumentou que os dois últimos são apenas sócios formais da empresa UNIFARMA e que não possuem quaisquer ingerências sobre a sociedade a atrair as suas responsabilidades. Relativamente ao ex-1º Ten R/1 Gentil, assentou que eventuais irregularidades constatadas não representam, inexoravelmente, a prática de atividade criminosa, motivo pelo qual não se justifica a sua condenação.

A Defesa do Acusado Ten Cel R/1 Marco Aurélio da Silva Andriani salientou ter restado comprovada nos autos a ausência de qualquer participação sua na empresa Diferencial Comércio Atacadista Ltda, circunstância que ensejou o seu indiciamento e, por isso, afiguram-se insubsistentes as enunciações condenatórias perpetradas a seu respeito.

A Defesa dos Acusados civis José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo obtemperou a ocorrência de contradição nas assertivas ministeriais quanto às condutas a eles imputadas e, ainda, a inexistência de prova quanto ao dolo específico exigido para o crime de *estelionato*, o que acarreta a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

A Defesa dos Acusados Tenentes R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e Urionilo de Santana Júnior destacou a fragilidade do substrato probatório para caracterizar as reputadas condutas delitivas, a obstar, no seu entender, a imposição do Édito Condenatório pretendido.

A Defesa do Réu Cel R/1 Antônio Sérgio de Andrade requereu a sua absolvição, sob o argumento de que permaneceu na função de Ordenador de Despesas do HMAR tão somente por 20 dias, a título de substituição de férias do responsável e, dessa forma, não concorreu para os fatos narrados na Denúncia.

Em suas Alegações Escritas, o Maj R/1 Alexandre Graciano da Silva ressaltou que a função ocupada de Chefe da Seção de Aquisições, Licitações e Contratos (SALC) limita-se à emissão das Notas de Empenho materializadora do ato administrativo denominado “empenho” e denota ser atribuição meramente executiva (agente executor), eis que se opera em estrita observância às ordens emanadas do superior hierárquico responsável, o Ordenador de Despesas.

A Defesa do Acusado Cel R/1 Washington Luiz Lima Teixeira destacou a desordem administrativa do HMAR e a ausência de dolo na suposta conduta praticada. Manifestou ser vítima dos militares responsáveis pelos atos ilegais que os esconderam dele.

A Defesa do Indiciado civil Romero Octaviano de Souza Filho suscitou preliminares de nulidade absoluta ocorridas no feito e, no mérito, argumentou jamais ter sido sócio da empresa SUESTE, senão mero funcionário sem qualquer poder de gerência.

Em *r.* Sentença proferida em 5.8.2020, a distinta Magistrada singular da Auditoria da 7ª CJM julgou parcialmente procedente a Inicial Acusatória e impôs as condenações a seguir declinadas relativamente aos seguintes Acusados na Inicial:

- 1º Tenentes R/2 **Urionilo de Santana Júnior** e **Stanley de Oliveira Cipriano** condenados à pena definitiva de 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 251 do CPM, em 2 oportunidades;
- civis **José Humberto da Silva** e **Keliane Michelle Martins de Araújo** condenados à pena definitiva e unificada de 5 anos e 3 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 251 do CPM, em 15 oportunidades, bem como pela infração ao art. 96, III, da Lei 8.666/1993, em 13 ocasiões;
- civil **Valdilson Lacke de Araújo** condenado à pena definitiva e unificada de 5 anos e 5 meses de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 251 do CPM, em 35 oportunidades, bem como pela infração ao art. 309, parágrafo único, do CPM, em 5 ocasiões;
- ex-1º Ten R/1 **Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho** condenado à pena definitiva de 5 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 251 do CPM, em 40 oportunidades;
- civis **Andréia Carla Martins Cavalcanti** e **Flávio Francisco da Silva** condenados à pena definitiva de 3 anos e 9 meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 251 do CPM, em 40 oportunidades;
- 1º Ten R/2 **Izabella Xavier Falcão de Souza** condenada à pena definitiva e unificada de 11 anos e 2 meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 251, § 3º, do CPM, em 92 oportunidades, bem como pelas infrações ao art. 308, § 1º, em 5 ocasiões, e ao art. 337, ambos do CPM;

- Cel R/1 **Mário Pereira do Nascimento Filho** e Ten Cel R/1 **Luiz Alberto de Almeida Braga** condenados à pena definitiva de 7 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 251, § 3º, do CPM, em 113 oportunidades;

- Cel R/1 **Newton Figueiredo Corrêa** condenado à pena definitiva de 8 anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 251, § 3º, do CPM, em 94 oportunidades.

Inconformadas, as respectivas Defesas sustentaram em suas Razões Recursais:

I) 1º Tenentes R/2 **Urionilo de Santana Júnior** e **Stanley de Oliveira Cipriano**: insistiram que a condenação não está amparada por lastro probatório, tampouco a Acusação evidenciou que a empresa Diferencial Comércio Atacadista Ltda, de sua propriedade, era uma entidade fantasma. Ressaltaram o não cometimento de estelionato, senão, no máximo, imprudência por atender ao pedido do Ten Cel Braga, então Fiscal Administrativo;

II) civis **José Humberto da Silva** e **Keliane Michelle Martins de Araújo**: arguiram preliminar de cerceamento de defesa ante o indeferimento pelo Juízo a quo da requisição ao HMAR do relatório de entrada e saída de medicamentos na farmácia no ano de 2012. Argumentaram a ausência de dolo, reafirmaram a sua boa-fé relativamente aos contratos entre a IVELCO e o nosocômio e estatuíram que todo o material adquirido foi efetivamente fornecido, o que afasta a caracterização da mencionada vantagem ilícita e prejuízo para a Administração castrense;

III) civil **Valdilson Lacke de Araújo**: destacou a inexistência de provas nos autos de que a empresa de sua propriedade, SUESTE Ltda, deixou de entregar os materiais contratados no HMAR e a ausência de comprovação do seu dolo de induzir a Administração Militar em erro para auferir vantagem indevida;

IV) ex-1º Ten R/1 **Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho** e civis **Andréia Carla Martins Cavalcanti** e **Flávio Francisco da Silva**: também arguiram preliminar de cerceamento de defesa por não ter sido deferida pelo Juízo a determinação de juntada do relatório de entrada e saída de medicamentos na farmácia do HMAR durante o ano de 2012. Especificamente à civil Andréia Carla Martins Cavalcanti, reiteraram ser ela, unicamente, sócia formal da UNIFARMA, em razão do impedimento do seu marido Gentil, que era militar à época e suas atribuições cingiam-se a “contas a pagar”. Relativamente ao civil Flávio Francisco da Silva, atestam que as condutas praticadas apenas criaram obrigações para os empregadores e, de forma alguma, denotaram um ilícito penal;

V) 1º Ten R/2 **Izabella Xavier Falcão de Souza**: suscitou preliminares de ofensa ao direito de defesa, eis que a perícia empreendida pela 7ª Inspetoria

de Contabilidade e Finanças do Exército (ICFex) não facultou a participação dos Acusados, e de nulidade absoluta do IPM, por ter reputado vício de origem decorrente de descumprimento do art. 12, “a” e “d”, do CPPM. A título meritório, consignou que o processo administrativo revelou a desordem gerencial no HMAR em todas as gestões e que a existência de materiais no almoxarifado sem o correspondente registro sistêmico apenas corrobora o mau gerenciamento, porém jamais o seu dolo na prática de crimes. Adicionalmente, elucidou que, ausente prova do ato corruptor praticado pelo civil Valdilson Lacke de Araújo, resta obstaculizado se falar em corrupção passiva em seu desfavor, situação que conduz à sua absolvição pela ausência de nexos de causalidade. Subsidiariamente, pleiteou a unificação das condutas de estelionato e corrupção, por meio do instituto da consunção;

VI) Cel R/1 **Mário Pereira do Nascimento Filho**: obtemperou a existência de severos problemas na gestão administrativa do HMAR, ao passo que a sua função cingia-se a manter a ordem no almoxarifado, sem que, todavia, guardasse efetivo poder de gerência no referido hospital. Outrossim, asseverou que nem sequer detinha conhecimentos técnicos suficientes para perpetrar os atos ilícitos que lhe foram imputados e que os valores recebidos em sua conta derivaram de ajudas enviadas por sua ex-esposa para a realização de sua cirurgia cardíaca;

VII) Ten Cel R/1 **Luiz Alberto de Almeida Braga**: sustentou a insubsistência das alegações ministeriais, bem como da auditoria não programada e da perícia contábil relacionadas aos materiais farmacológicos e aos de informática realizada, no período de novembro a dezembro de 2011. Neste particular, apontou a configuração de vícios no aludido laudo, o qual, inclusive, sustenta não ter sido empreendido por órgão imparcial. Ressaltou jamais ter auferido indevido proveito em seu benefício ou de outrem e que a sua função de Fiscal Administrativo não participa de forma alguma do trâmite relacionado ao encaminhamento das Notas Fiscais e dos atestes de recebimento de materiais pelo almoxarifado;

VIII) Cel R/1 **Newton Figueiredo Corrêa**: argumentou que as requisições justificadoras das aquisições fictícias declinadas na Denúncia continham apenas a assinatura do Almojarife e que as Notas de Empenho tampouco ostentavam a sua rubrica, circunstâncias a evidenciar a responsabilidade do encarregado do setor de material. Derradeiramente, assentou a inexistência dos elementos caracterizadores dos crimes que lhe foram imputados, notadamente a suposta “vantagem indevida” percebida.

Em suas Contrarrazões, o *Parquet* cuidou de refutar cada uma das razões erigidas pelos Recorrentes, à exceção das relacionadas a Flávio Francisco da Silva, cuja absolvição requereu por meio do provimento do Apelo. No mais, preconizou que sejam desprovidos os demais Recursos defensivos, a fim de manter incólume a *r. Sentença condenatória* por seus próprios fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, em Parecer lavrado pelo insigne Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, manifestou-se pelo conhecimento das Apelações e, no mérito, pelo provimento unicamente do remédio processual interposto por Flávio Francisco da Silva, a fim de absolvê-lo. Quanto aos demais Sentenciados, opinou pelos seus desprovimentos e pela consequente manutenção do Édito Condenatório em seus termos originários, por compreender que “resta patente que os acusados civis e militares se associaram e se organizaram, em meios e modos, com o fim espúrio de dilapidar o patrimônio sob administração militar, fazendo por merecer uma resposta penal rigorosa [...]”.

O eminente Ministro-Revisor Alte Esq Leonardo Puntel recebeu Vista dos autos.

É o Relatório.

## VOTO

Trata-se de **Recursos de Apelação** interpostos pela DPU e respectivas Defesas constituídas inconformadas com a Sentença do MM. Juízo Monocrático da Auditoria da 7ª CJM que condenou o Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa pelo crime previsto no art. 251, §3º, do CPM – *estelionato agravado*, à pena de 8 anos de reclusão; o Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga e o Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho pela prática do crime previsto no art. 251, § 3º, do CPM, à pena de 7 anos de reclusão; a 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza pelos crimes previstos no art. 251, § 3º, art. 308, § 1º – *corrupção passiva majorada* – e art. 337 – *subtração ou inutilização de livro, processo ou documento* –, todos do CPM, à pena de 11 anos e 2 meses de reclusão; os civis José Humberto da Silva e Keliiane Michelle Martins de Araújo pelos crimes previstos no art. 251, *caput*, do CPM – *estelionato* – e no art. 96, inciso III, da Lei 8.666/1993 – *fraude à licitação* –, à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão; o civil Valdilson Lacke de Araújo pelos crimes previstos no art. 251, *caput*, e no art. 309, parágrafo único – *corrupção ativa majorada* –, ambos do CPM, à pena de 5 anos e 5 meses de reclusão; o ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, a civil Andréia Carla Martins Cavalcanti e o civil Flávio Francisco da Silva pelo crime previsto no art. 251, *caput*, do CPM, à pena de 5 anos de reclusão, e os dois últimos a pena de 3 anos e 9 meses de reclusão; o 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e o 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior pelo crime previsto no art. 251, *caput*, do CPM, à pena de 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão.

Os Recursos de Apelação Defensivos obedecem aos requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, por conseguinte, devem ser conhecidos.

Antes de examinar o mérito, faz-se necessário analisar as questões de natureza preliminar levantadas pelas Defesas.

## PRELIMINARES

### I - DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA REFERENTE À PROVA PERICIAL

A Defesa do Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga contesta a Auditoria não programada realizada do dia 13 ao dia 29.3.2012 e alega a nulidade da perícia contábil envolvendo materiais farmacológicos e de informática realizada no período de novembro a dezembro de 2011. Sustenta que a prova pericial foi realizada sem a presença dos envolvidos, de modo a prejudicar a Defesa do Apelante. Aduz que não foi observado se existiam medicamentos ou materiais nos depósitos da Organização Militar de Saúde ou se havia materiais não relacionados, assim, deixou margem para equívocos e falhas na elaboração do laudo.

Não lhe assiste razão.

Conforme registrado na Sentença condenatória, *in verbis*:

[...] o Relatório de Visita de Auditoria, relativo ao período de 28 NOV a 05 DEZ 2011, realizado pela 7ª Inspeção de Contabilidade e Finanças do Exército, ao verificar a ausência de registro no SISCOFIS de vários materiais de informática supostamente adquiridos, **constatando, inclusive, a ausência física de outros**, fez diversas recomendações, todas no sentido de exaltar a obrigatoriedade do registro no mencionado Sistema de todo e qualquer produto adquirido pelo HMAR (Evento 3, doc. 12, fls. 942/951).

Ressalte-se que as supostas falhas no funcionamento do SISCOFIS não impediram a realização de várias inclusões, como verificado nos Relatórios de Movimentação de Almoxarifado e Fichas de Estoque de Consumo constantes dos autos.

Isto mostra que o sistema não era tão inoperante/falho ao ponto de ser impossível sua utilização. O que o conjunto probatório dos autos demonstra é que, apesar de ser o Sistema de Registro Patrimonial do Exército desde 2002 (Portaria nº 017-EME, de 19 MAR 02), o Fiscal Administrativo, o Chefe da Divisão Administrativa e a Chefe do Almoxarifado do HMAR velavam pela sua alimentação apenas quando julgavam conveniente.

No ponto, ressalta-se que **não prosperam as reiteradas alegações por parte das combativas Defesas de que o pleno funcionamento do Almoxarifado e Farmácia do HMAR impediu uma fiel perícia do que realmente havia, tendo em vista que diariamente entravam e saíam produtos, uma, porque o referido Relatório de Auditoria foi realizado concomitantemente com uma parcela do período investigado; a duas, porque, acaso fosse adotado procedimento regular, tudo seria facilmente identificado nos competentes registros de entrada e saída no SISCOFIS, sem prejuízo ao funcionamento do HMAR; a três, porque muitos daqueles materiais, ainda que classificados como de consumo, eram de longa duração, o que não impediria sua localização física,**

**quando da elaboração do Auto de Constatação, mesmo após cerca de 4 (quatro) meses.**

Ademais, os medicamentos armazenados no Almojarifado Central **não foram alvo de movimentação**, conforme atestado no Relatório de Inventário para Passagem de Cargos e Encargos do Almojarifado Central, datado de 24 ABR 12 (IPM - Evento 3, doc. 12, fls. 1094/1171) (Grifos nossos).

Mais adiante a ilustre Magistrada registrou que a desordem administrativa, de fato, pode ter dificultado o trabalho dos peritos quando da elaboração das auditorias, entretanto foi possível verificar que vários bens foram alvo de entrega fictícia. Assim, a análise do crime não ficou adstrita à “mera diferença entre o estoque físico e o SISCOFIS ou o ‘consumo’ de quantidade de produtos incompatível com a média histórica do HMAR”. Registrou-se que o ateste indevido de Notas Fiscais, sem qualquer ressalva, revelou “incontestável a fraude”, pois estar-se-ia admitindo a inserção de uma informação falsa (atesto de recebimento de algo que não foi, de fato, fornecido).

Portanto, verifica-se que a simples ausência de participação da Defesa ou do Apelante na realização da perícia contábil não acarretaria nulidade do feito. Ademais, a prova foi realizada na fase de investigação policial, antes mesmo da formação da relação jurídica processual, e tinha por finalidade apurar os indícios de autoria e de materialidade da infração penal. Como visto nos trechos citados da Sentença, essas provas não foram as únicas a embasarem a condenação criminal, bem como foi oportunizado o contraditório durante a instrução criminal.

Na senda dessa última colocação, havido momento durante o processo para que a perícia fosse submetida ao contraditório e à ampla defesa, tem-se que resta validada na condição de prova apta à condenação, não obstante sua origem indiciária. Segue nesse sentido a leitura desta Corte Militar em caso análogo:

[...] - O laudo pericial é um meio endoprocessual de prova (*mezzi di prova*), ou seja, é um instrumento que conduz a um elemento probatório, cujo resultado é de valoração do magistrado. Assim, a conclusão de um perito sobre determinada matéria é um dos diversos elementos de prova a ser objeto de análise do julgador. IV - **As provas obtidas em sede de Inquérito Policial Militar são plenamente aptas a validar um juízo condenatório, desde que oportunizado o contraditório e a ampla defesa na instrução processual.** V - Apelo desprovido. Decisão unânime. (STM. AP 7000882-20.2018.7.00.0000. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 19.6.2019. DJe de 28.6.2019; grifo nosso)

Assim, o Réu, como Fiscal Administrativo, tinha o dever de prezar pela lisura do procedimento licitatório e/ou administrativo. Admitir que teria atestado documentos sem a devida conferência e exatidão dos registros conduz, inevitavelmente, a indícios de participação na empreitada criminoso, matéria

que será analisada no mérito recursal. Nesse contexto, destaco trecho da Sentença condenatória:

[...] verifica-se que, a rigor, cabia ao acusado Ten Cel LUIZ ALBERTO ALMEIDA, no exercício das funções de Fiscal Administrativo, no que se refere às condutas que lhes foram atribuídas, tanto a fiscalização dos registros contábeis, referentes à administração patrimonial (SISCOFIS), responsabilizando-se por sua conferência e exatidão, como também pelo cumprimento das normas relativas ao controle das alterações patrimoniais, devendo informar ao Agente Diretor, de imediato, sobre as irregularidades que viesse a constatar (itens 3, 6 e 10); como também coordenar a publicação, em Boletim Interno, do movimento geral de entrada e saída do material permanente e de consumo (item 9).

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa suscitada pelo Apelante Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga.

## **II - DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA REFERENTE À NÃO JUNTADA DE DOCUMENTOS RELATIVOS À ENTRADA E SAÍDA DE MEDICAMENTOS**

A nobre Defesa dos Apelantes ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, Andréia Carla Martins Cavalcanti e Flávio Francisco da Silva alegou a preliminar de cerceamento de defesa, haja vista a não juntada de documentos pelo HMAR referente à entrada e saída de medicamentos no ano de 2012. A finalidade era comparar a discrepância da realidade dos remédios fornecidos e o que constava no SISCOFIS (Sistema de Controle Físico).

Em relação à preliminar, no entanto, se operou a preclusão temporal, na medida em que a nulidade deveria ser arguida na primeira oportunidade de manifestação no processo. Na fase procedimental do art. 428 do CPPM, em Alegações Escritas, após os pedidos de diligência, a Defesa somente observou a não integralidade do efetivamente requerido sem suscitar qualquer irregularidade ou nulidade.

A preclusão é a imutabilidade de matéria secundária do processo, pois houve a perda de uma faculdade, de um direito processual que, por ter se esgotado ou não exercido em tempo oportuno, fica praticamente extinto. Renato Brasileiro de Lima, conhecido autor na seara processual penal, bem define o instituto:

4. **Preclusão:** sob um ponto de vista objetivo, a preclusão pode ser compreendida como um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Sob um ponto de vista subjetivo, a preclusão representa a perda de uma faculdade ou direito processual, sendo que as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão, quais sejam: [...] 4.3. Preclusão consumativa: ocorre quando a faculdade já foi validamente exercida. (*In Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2020*).

São inúmeros os julgados desta Corte Castrense nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ESTELIONATO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REDUÇÃO DE PENA. 1. **A preclusão consumativa, que consiste na extinção da faculdade de praticar um determinado ato processual em virtude de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, afasta a possibilidade de rediscussão dos pontos sobre os quais se funda a irrisignação.** 2. É Inaplicável o Princípio da Insignificância aos delitos de posse de entorpecentes em local sujeito à Administração Militar por comprometer a segurança e a integridade física dos membros das Forças Armadas. 3. Observadas as circunstâncias judiciais delineadas no art. 69 do CPM, bem como as especificidades do caso concreto, não há que se falar em retificação do *quantum* da pena fixada. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (STM. AP 7000821-91.2020.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 15.4.2021. DJe de 5.5.2021; grifo nosso).

EMENTA: APELAÇÕES. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU) E DEFESA CONSTITUÍDA. PECULATO-FURTO. ART. 303, § 2º, DO CPM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PRELIMINARES DE NULIDADE DO JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEIÇÃO. DECISÕES POR UNANIMIDADE. MÉRITO. TESE DEFENSIVA. AUTORIA DELITIVA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ACOLHIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. RECURSO PROVIDO. REFORMA DA SENTENÇA. ABSOLVIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. 1. **As nulidades da instrução do processo devem ser arguidas na fase das alegações escritas, sob pena de preclusão consumativa (art. 504, alínea “a”, do CPPM),** tornando inócuas discussões extemporâneas sobre a matéria. Precedentes. Preliminar rejeitada por unanimidade. [...]. (STM. AP 7001448-32.2019.7.00.0000. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. Julgado em 25.11.2020. DJe de 15.12.2020; grifo nosso).

APELAÇÃO. RECURSOS DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. FALSIDADE DOCUMENTAL. CONFECÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS FALSOS. OBTENÇÃO DE LICENÇA MÉDICA INDEVIDA. PRELIMINARES. [...]. NULIDADE DO LAUDO PERICIAL. REJEIÇÃO. PRECLUSÃO. [...]. A decisão judicial que indefere pedido de realização de novo laudo pericial nos documentos considerados eivados de falsidade deve ser combatida em momento adequado por meio de recurso específico. **O silêncio da parte interessada sana possível irregularidade não aventada na fase processual oportuna, passando a ser agasalhada pelo manto da preclusão.** Preliminar defensiva de nulidade processual rejeitada. Decisão unânime. [...]. (STM. AP 0000043-13.2011.7.01.0201. Rel. Min. José Américo dos Santos. Julgado em 5.9.2013. DJe de 17.9.2013; grifo nosso).

Ademais, o pedido da Defesa, que visa retratar o fluxo de entrada e saída de medicamentos no HMAR, se encontra juntado tanto ao procedimento

inquisitorial quanto nos autos da Ação Penal, apesar de estar descentralizada e dispersa. Assim, a defesa obteve acesso a todos os documentos o que possibilitou a ampla defesa e o contraditório.

Ante o exposto, rejeito a preliminar defensiva de nulidade por cerceamento da defesa, uma vez operada a preclusão temporal.

### **III - DE NULIDADE POR NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA**

A ilustre Defesa da Apelante 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza requereu a edição de enunciado de súmula para a possibilidade jurídica do cabimento de Embargos de Declaração após Sentença em primeira instância, sob o argumento que a Constituição da República, posterior ao CPPM, garante aos jurisdicionados o contraditório e a ampla defesa. Especialmente, cita o julgamento paradigmático proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 127.900/AM.

Dito isso, doutrinariamente existe leitura que aponta pela possibilidade de emprego dos Embargos contra Decisões proferidas nas primeiras instâncias das Justiças Militares. Como preconizava o saudoso magistrado Celio Lobão, haveria uma omissão da legislação, a qual se estaria a suprir por meio da extensão do disposto no art. 538:

Apesar da omissão da lei processual penal militar, cabem embargos de declaração das sentenças de primeira instância, mesmo porque o erro material poderá inviabilizar o recurso de apelação, ou dificultar o cumprimento da sentença. (LOBÃO, Célio. *Direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 606).

Respeitada a posição em questão, bem como a sua adoção por parte da comunidade jurídica, esta Corte Castrense mantém uma leitura pela suficiência do dispositivo legal e, portanto, da ausência de omissão. Dessa forma, eventual “suprimento”/“extensão”, na verdade, configura uma substituição do Tribunal ao papel do legislador e uma violação ao preceito constitucional da tripartição de poderes ao editar enunciado de súmula sobre a matéria.

Tem-se, então, que a MM. Magistrada agiu dentro dos ditames legais do art. 538 do CPPM, que apenas prevê tal modalidade de recurso no âmbito do Superior Tribunal Militar. A partir dessa conclusão, afirmar a não ocorrência de nulidade se mostra o resultado mais lógico.

Ao contrário, reconhece-se que a nulidade é uma consequência jurídica da prática que se origina de ato processual praticado irregularmente, ao não se observar forma prescrita em lei ou por desvio de finalidade. Obedecer aos ritos processuais ou procedimentais, em seguimento ao itinerário legal e previamente definido, somente pode resultar na garantia dos preceitos fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a ambos os polos do processo.

Mais que isso, não se pode fechar a visão tão só no microprocesso, no qual se analisa o caso concreto para dizer o direito às partes litigantes. Ademais, toda compreensão judicial, seja do juiz singular, seja do Tribunal, também traz repercussão ao marco regulatório no macroprocesso com o aperfeiçoamento das instituições *pari passu* com as atividades de outros poderes.

Nesse cenário, se afirmado que é cabível o recurso de embargos de declaração em primeira instância, mesmo sem expressa previsão legal, de forma a conceder pontualmente o pleito defensivo, percebe-se que tal forma de ativismo judicial não resumirá seus efeitos a este caso. Para além dele, haverá repercussões a todos os demais casos, atuais e futuros, bem como ao ordenamento jurídico como um todo (LEITE, Evandro Gueiros. *O ativismo do juiz como princípio do Direito Processual*. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dou10anos/article/view/3457/3580>. Acesso em: 10.3.21).

Esta Corte Castrense referenda o todo acima delineado, ao rejeitar a violação à harmonia e à tripartição dos poderes constitucionais, bem como não acolhe a extensão pretendida em relação ao recurso previsto no art. 538 do CPPM:

EMBARGOS INFRINGENTES. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. RÉU CIVIL. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. JUIZ-AUDITOR. MATÉRIA EM DEBATE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO CONGRESSO NACIONAL. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NEGADO PROVIMENTO. MAIORIA. A Constituição Federal e a Lei nº 8.457/1992, que organiza a Justiça Militar da União, estabelecem que o Conselho Permanente de Justiça é o Juiz Natural competente para processar e julgar acusados civis que consumam delitos militares. O julgamento em réu civil realizado singularmente por Juiz-Auditor viola o Princípio do Juiz Natural, previsto pelo legislador constituinte originário no inciso LIII do artigo 5º da Carta da República, padecendo de vício insanável por incompetência absoluta. **A atribuição de competência ao Juiz-Auditor para o processamento e julgamento em feitos envolvendo civis deve ser fruto de impulso legislativo e não do ativismo judicial pautado em julgamento em ação mandamental ou em Projeto de Lei tendente a modificar a legislação de regência.** (STM. EI 0000051-48.2012.7.05.0005. Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva. Julgado em 3.3.2016. Dje de 16.3.2016; grifo nosso).

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, DEFESA CONSTITUÍDA E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ESTELIONATO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ARGUIDA DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. **Inexiste previsão legal na legislação processual penal militar acerca da oposição de Embargos de Declaração contra a**

**Sentença de primeiro grau. Eventuais ambiguidades, obscuridades, contradições ou omissões devem ser arguidas pela via do Recurso de Apelação.** Preliminar acolhida. Embargos de Declaração não conhecidos. Unanimidade. [...]. (STM. AP 0000013-02.2002.7.11.0011. Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva. Julgado em 9.11.2016. DJe de 7.3.2017; grifo nosso).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. PRELIMINARES. DEFESA. [...]. QUESTÃO DE ORDEM. DEFESA. PEDIDO DE CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OFERTADOS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA [...]. **A teor dos artigos 510 e 538 do CPPM, não cabem embargos de declaração contra decisão dos Conselhos de Justiça ou dos Juízes Federais da Justiça Militar da União. O recurso manifestamente incabível não suspende nem interrompe o prazo do recurso legalmente amparado em lei.** Precedentes do STF. Recurso desprovido. Decisão por unanimidade. (STM. RSE 7000048-12.2021. 7.00.0000. Rel. Min. Carlos Augusto Amaral Oliveira. Julgado em 24.3.2021. DJe de 8.4.2021; grifo nosso).

Portanto, rejeito a preliminar defensiva para o conhecimento dos Embargos de Declaração em primeira instância.

#### **IV - DE NULIDADE DA AUDITORIA CONTÁBIL**

A Defesa da 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza igualmente questiona a idoneidade da auditoria contábil. Sustenta a ausência de segurança do depósito onde estariam estocados os materiais a serem periciados. Ainda, alega a não observância do art. 12 do CPPM, que determina medidas preliminares ao inquérito.

Não lhe assiste razão.

Conforme Relatório de Visita de Auditoria, realizada do dia 28.11.2011 a 5.12.2011, além da ausência de inclusão de material no patrimônio da Unidade Gestora (UG), por meio do SISCOFIS, que contraria a determinação da Secretaria de Economia e Finanças (SEF), enunciada na Portaria 030-SEF, de 9.11.2009, a equipe “**visitou** o Almoxarifado da UG a fim de obter esclarecimentos quanto ao fluxo de informações enviadas para registro no patrimônio, bem como para verificar a **existência física** de alguns materiais e sua distribuição”. Assim, foram feitas, por amostragem, análises de algumas Notas Fiscais, nas quais se verificou que alguns itens adquiridos não constavam nas prateleiras do Almoxarifado.

Segundo informações da Almoxarife, em virtude da aquisição de grandes quantidades e do limitado espaço físico do depósito, os materiais, embora tivessem sua Nota Fiscal liquidada e paga integralmente, eram recebidos parceladamente, na medida em que se dava o consumo pelas seções, e liberado espaço no depósito.

Entretanto, se registrou que além de ser prática imprópria, alguns itens, como os de informática, ocupam pequeno espaço físico “o que não justificaria sua permanência com o fornecedor”. Nesse sentido, se concluiu por indícios de irregularidades na gestão do controle físico dos materiais recebidos pelo Almoxarifado, “uma vez que a liquidação da despesa é realizada sem o recebimento efetivo e integral de todas as quantidades adquiridas, o que gera risco de prejuízo à Administração e impossibilita a adequada gestão patrimonial da Unidade Gestora”.

Em que pese a negativa do Diretor do Hospital Militar de Área do Recife e a alegação de que o Almoxarifado possui mais de um depósito, constatou-se, efetivamente, a inexistência de materiais adquiridos e supostamente recebidos. A Auditoria não programada, realizada de 13 a 29.3.2012, teve como objetivo realizar o exame escritural, contábil e físico de todos os materiais adquiridos junto às empresas licitantes. Registrou-se no Relatório de Visita, *in verbis*:

Um aspecto importante é que o cadastro/registro/ movimentação de materiais é feito por cada um dos 05 (cinco) almoxarifados, descentralizadamente, **sem um controle efetivo por parte da Fiscalização Administrativa**. Salienta-se, ainda, que os setores Almoxarifado Geral e Serviços Gerais **possuem controles informais e frágeis, à base de registros em blocos de anotações e fichas, com informações insuficientes**, que ali permanecem, não se prestando ao acompanhamento do fluxo nem ao desrelacionamento do material utilizado. (Grifos nossos).

Ao se analisar todos os processos de aquisições com suas entradas e saídas nas fichas gerais de estoque de material de consumo emitidas pelo SISCOFIS, foram observadas várias irregularidades. Dentre elas, destacou-se a visita ao Almoxarifado Geral da UG para verificação “*in loco*” da existência física de materiais discriminados nas notas fiscais e a constatação das seguintes situações:

**1. Inexistência física de materiais adquiridos;**

2. Não ocorrência de registros das entradas e saídas na Ficha Geral de Estoque;

3. Falta de grande parte dos documentos de materiais pelos setores do Hospital. (Grifo nosso).

Concluiu-se, a seguir, que as averiguações “reforçam o entendimento de ter ocorrido desvio em parte das aquisições contratadas com as empresas Sueste e Harpia.”. Da conclusão da Auditoria se destacaram irregularidades em relação à “ausência de comprovação física dos materiais quando da verificação *in loco* nos dias 21, 23, 27 e 30 de março de 2012, especificamente referentes aos sub-elementos 03 - 16 - 17 - 21 - 22 e 26”.

Consoante o Auto de Constatação, de 25.4.2012, realizado pelo Major Marcos Carneiro da Silva juntamente com o 2º Tenente Lúcio Fernandes Cavalcante, em cumprimento a Ofício da Procuradoria de Justiça Militar:

[...] dirigi-me ao ALMOXARIFADO CENTRAL, a fim de providenciar a **conferência física, com registro fotográfico**, do estoque de medicamentos e materiais de informática existente neste nosocômio. Após realizar a conferência física e o registro fotográfico, CONSTATAMOS que, apenas uma parte do material elencado no ANEXO II do ofício supra, “Relação de Materiais para Conferência”, encontrava-se armazenado nos depósitos do Almoarifado, conforme a Relação de Materiais e a Relação de Medicamentos, ambas anexas e com registros fotográficos. (Grifo nosso).

Portanto, a Perícia Contábil teve por objetivo quantificar os valores de medicamentos e materiais de informática empenhados pelo HMAR, no período de novembro a dezembro de 2011, faturados pelas empresas Unifarma, Ivelco, Sueste e Diferencial, cuja destinação não foi possível determinar, “em decorrência de que parte de seus estoques não foram localizados fisicamente, e nem foram comprovadamente consumidos”.

Durante o IPM, foram solicitadas e analisadas cópias autenticadas dos Boletins Internos que publicaram as Comissões de Recebimento de materiais adquiridos pelos empenhos relacionados nas Denúncias, cópias autenticadas dos Relatórios de Movimentação de Almoarifado (RMA) referentes ao período investigado, cópias autênticas dos Inventários das contas dos materiais de consumo como medicamentos, farmacológicos e de informática, entre outros documentos de gestão e de controle dos bens de consumo.

Neste contexto, a não alteração do estado e da situação das coisas, como preceitua o art. 12 do CPPM, ou a apreensão dos objetos que tenham relação com o fato delitivo, somente seria possível em outra situação fática, diferente da delineada no processo em análise. Até mesmo porque seria impossível se apreender bens inexistentes ou não entregues pelo fornecedor.

Ademais, a prova foi realizada na fase de investigação policial, antes mesmo da formação da relação jurídica processual, e tinha por finalidade apurar os indícios de autoria e da materialidade da infração penal. A Defesa teve, posteriormente, a oportunidade de contraditar os dados apresentados pela perícia, o que não se realizou.

Conforme exposto nas Contrarrazões ministeriais:

Apesar do esforço argumentativo da defesa, não merecem prosperar tais alegações, tendo em vista que as diligências previstas nas alíneas do art. 12 do CPPM devem ser providenciadas sempre que possível não sendo regras cogentes impostas ao encarregado tampouco a inobservância eventual enseja nulidade do IPM.

Aliás, prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que na fase inquisitorial, em regra, não cabe alegação de nulidade,

porquanto os elementos de convicção colhidos nesta fase serão, em regra, repetidos sob o crivo do contraditório na fase instrutória.

Subentende-se não ter havido nulidade na perícia contábil e não há elementos nos autos que apontem qualquer problema de segurança nos depósitos da Unidade Gestora.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade da perícia contábil, suscitada pela Defesa da 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza.

## V - DE NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

A Defesa da 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza suscita a nulidade do Inquérito Policial Militar, iniciado com base em denúncia anônima e, em sua visão, “sem a devida apuração prévia”.

Igualmente sem respaldo a alegação.

Conforme pacificado no meio jurídico pátrio, a denúncia anônima, isoladamente, não serve para embasar a abertura de inquérito, mas tem força suficiente para justificar diligências preliminares com o objetivo de apurar a verdade das informações obtidas anonimamente. Esta Corte já fixou sua jurisprudência nesse mesmo sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. IPM. [...]. **DELAÇÃO ANÔNIMA. INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. EXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM. DENEGACÃO. DECISÃO UNÂNIME.** [...]. **O início da persecução penal pode decorrer de denúncia anônima, desde que o Parquet das Armas atue com a devida prudência, submetendo o feito ao crivo de investigações preliminares** para, se for o caso, proceder ao oferecimento da denúncia. Ordem denegada. Decisão unânime. (STM. HC 7000616-62.2020.7.00.0000. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Julgado em 15.12.2020. DJe de 30.12.2020; grifo nosso).

EMENTA: HABEAS CORPUS. [...]. TRANCAMENTO. IPM. [...]. DEFLAGRAÇÃO. INQUISA. **DELAÇÃO ANÔNIMA. NECESSIDADE. APROFUNDAMENTO. INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.** [...]. **O início da persecução penal pode decorrer de denúncia anônima desde que o Parquet das Armas atue com a devida prudência, submetendo o feito ao crivo de investigações preliminares**, buscando assim a credibilidade necessária para, se for o caso, proceder no oferecimento da denúncia. *In casu*, não se verifica nos autos qualquer constrangimento ilegal. Precedente do STM. [...]. Decisão unânime. (STM. HC 7000671-13.2020. 7.00.0000. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Julgado em 26.11.2020. DJe de 8.12.2020; grifo nosso).

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESAS. CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA. ARTS. 308 E 309 DO CPM. PRELIMINARES. **NULIDADE DE INQUÉRITO ARRIMADO EM DENÚNCIA ANÔNIMA.** [...]. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE.

[...]. 1. A doutrina e a jurisprudência pátrias admitem como válido o instituto da *notitia criminis* inqualificada, **desde que seguida de diligências que objetivem averiguar a veracidade dos fatos nela noticiados**. Assim, não há nulidade no inquérito que, além da denúncia apócrifa, **traz em seu bojo uma série de providências investigativas que corroboraram os fatos objeto da delação** e apontam indícios contundentes acerca de práticas delitivas, evidenciando seus autores. [...]. 18. Apelos conhecidos e não providos. Decisão Unânime. (STM. AP 7000045-62.2018.7.00.0000. Rel. Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa. Julgado em 13.2.2020. DJe de 10.3.2020; grifo nosso).

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. **DEFLAGRAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO POR DELAÇÃO ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR. APARENTE VEROSSIMILHANÇA DA NOTÍCIA APÓCRIFA**. [...]. 1. A deflagração da persecução penal pode basear-se na denominada “denúncia anônima”, **desde que a notícia seja dotada de verossimilhança, sendo alvo de confirmação preliminar dos fatos, em diligência de averiguação**. [...]. 5. Ordem de HC denegada. Decisão unânime. (STM. HC 7000538-39.2018.7.00.0000. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. Julgado em 20.9.2018. DJe de 28.9.2018; grifo nosso).

Extrai-se do Ofício 31/2012, de 29.2.2012, da Procuradoria de Justiça Militar em Recife-PE, referente às Peças de Informação 5-81.2012.7101, que o procedimento de investigação foi instaurado com base na representação “que relata a suposta prática de crime militar, consistente na entrada de notas fiscais de aquisição de material farmacológico pelo HMAR sem que haja a entrega física do material”.

A partir daí o Ministério Público Militar requisitou que o Diretor do Hospital Militar de Área do Recife confeccionasse planilha em que constassem, por ordem cronológica, os números e os respectivos valores dos empenhos relacionados na planilha da representação, com a descrição da nota fiscal correspondente, a data e o responsável pelo recebimento do material.

Foram também solicitadas cópias autênticas das notas de empenho, do ateste do recebimento do material, das notas fiscais e dos Boletins Internos “em que foram publicadas as Comissões de recebimento dos materiais adquiridos pelos empenhos em referência”. Ainda, requereu-se cópia autêntica de prescrições médicas ou outros documentos que comprovassem a requisição dos materiais adquiridos com os recursos decorrentes dos empenhos, além de relação que demonstrasse a existência ou não no estoque do material de informática ou de documentos que comprovassem a distribuição desses materiais na Organização Militar.

O então Diretor do HMAR, em resposta ao Ofício 31/2012, encaminhou ao Procurador a documentação solicitada por meio do Ofício 009 -SDP.SAJ, de 26.3.2012, e noticiou que “em decorrência do constante na

documentação anexa e na verificação *in loco* do material objeto da investigação”, solicitou ao Comando da 7ª Região Militar e 7ª Divisão do Exército a instauração de Inquérito Policial Militar.

Portanto, sem respaldo algum a alegação defensiva da ausência de apuração prévia por parte do *Parquet* ou do Comandante da Organização Militar. Os documentos acima referidos relatam exatamente o contrário.

Ademais, como já abordado na preliminar anterior, nos termos das Contrarrazões ministeriais, “prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que na fase inquisitorial, em regra, não cabe alegação de nulidade, porquanto os elementos de convicção colhidos nesta fase serão, em regra, repetidos sob o crivo do contraditório na fase instrutória”. Tal compreensão é sempre confirmada em julgados desta Casa, como se colhe dos precedentes a seguir:

[...] **eventual vício na fase investigatória não contamina a ação penal**, haja vista a completa independência dos procedimentos. Não obstante a flagrante ausência de nulidade, as irregularidades porventura cometidas na fase inquisitiva, tais como as supostas violações do direito ao silêncio, não têm o condão de macular a ação penal, tendo em vista a renovação dos atos instrutórios sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. [...] Apelação desprovida, à unanimidade. (STM. AP 7000922-31. 2020.7.00.0000. Rel. Min. Carlos Augusto Amaral Oliveira. Julgado em 10.6.2021. DJe de 29.6.2021; grifo nosso).

[...] I - O IPM é um procedimento administrativo voltado para a investigação de fato criminoso. O exercício do direito de defesa se dará de forma plena durante o trâmite judicial do processo criminal. Eventual nulidade em fase de investigação, não conduz à invalidade da instrução processual, haja vista a completa independência dos procedimentos. Preliminar rejeitada. [...]. Recurso conhecido e desprovido. Decisão unânime. (STM. AP 7000151-87.2019.7.00.0000. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 8.8.2019. DJe de 16.8.2019).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade do IPM fundamentado em denúncia anônima, uma vez que houve apuração prévia antes da instauração do Inquérito.

## **VI - DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA REFERENTE À NÃO JUNTADA DE DOCUMENTOS RELATIVOS À ENTRADA E SAÍDA DE MEDICAMENTOS**

A Defesa de José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo suscita a nulidade da Sentença por cerceamento do direito de defesa, diante da não apresentação dos documentos solicitados na fase do art. 427 do CPPM. De igual forma à preliminar apresentada pela Defesa dos Apelantes ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, Andréia Carla Martins Cavalcanti e Flávio Francisco da Silva, observa-se que se operou a preclusão

temporal, na medida em que a nulidade deveria ser arguida na primeira oportunidade de manifestação no processo.

Tal como tratada na análise da preliminar acima referida, a preclusão é a imutabilidade de matéria secundária do processo, pois houve a perda de uma faculdade, de um direito processual, por ter se esgotado ou o não exercido em tempo oportuno, fica, praticamente, extinto.

Ademais, o pedido da Defesa, que visa retratar o fluxo de entrada e saída de medicamentos no HMAR, se encontra juntado tanto ao procedimento inquisitorial quanto nos autos da Ação Penal, apesar de estar descentralizado e disperso. Assim, a Defesa obteve acesso a todos os documentos, o que possibilitou a ampla defesa e o contraditório.

Ante o exposto, rejeito a preliminar defensiva de nulidade por cerceamento da defesa, uma vez operada a preclusão.

## **VII - DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

A Defesa de José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo suscita a prescrição da pretensão punitiva relativa ao crime do art. 96, inciso III, da Lei 8.666/1993. Os Réus foram condenados individualmente à pena de 3 anos de reclusão em razão da prática do citado crime – fraudar licitação para aquisição ou venda de bens ou mercadorias.

Os fatos ocorreram nos últimos meses do ano de 2011 e início de 2012. A Denúncia, oferecida em 22.2.2018, com aditamento em 20.3.2018, foi recebida em 16.4.2018. A Sentença condenatória foi publicada em 5.8.2020. Conforme o art. 125, inciso V, c/c o § 1º do CPM, a prescrição da Ação Penal, sobrevivendo Sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e ocorre em 8 anos, se o máximo da pena é superior a 2 e não excede a 4.

Desta forma, e conforme já observado pela Instância *a quo*, não ocorreu lapso temporal superior a 8 anos entre os marcos interruptivos da prescrição, nos termos do § 5º do art. 125 do CPM, ou mesmo após a prolação da Sentença condenatória.

Destaque-se que a leitura tanto do MPM de 1º Grau, quanto das Defesas, para sustentarem a ocorrência de prescrição entre a ocorrência dos fatos e o recebimento da Denúncia, baseia-se na errônea afirmação de que o interregno extintivo seria de 4 anos (art. 125, VI, do CPM). Sublinhe-se que esse prazo nunca se aplicou, fosse ao tempo da pena máxima cominada em abstrato (6 anos), fosse pelo *quantum* sancionatório fixado na Sentença (3 anos).

Quando ainda não existia o édito condenatório ora recorrido, o prazo inclusive era maior (12 anos, consoante art. 125, IV, do CPM), enquanto agora se observa um menor (8 anos), mas que, ainda assim, é o dobro do apontado pelas partes – 4 anos.

Eventualmente, poderia o prazo estar reduzido pela metade, com fundamento na regra do art. 129 do CPM, porém tal circunstância não se aplica a nenhum dos Acusados e Condenados pela prática do citado delito (art. 96, III, Lei 8.666/1993). Logo, salvo melhor juízo, não se observa qualquer razão de fato ou de direito que justifique o prazo ser de 4 anos e, por consequência, que autorize o reconhecimento da causa extintiva suscitada.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de prescrição da pretensão punitiva relativa ao crime do art. 96, inciso III, da Lei 8.666/1993, levantada pela Defesa de José Humberto da Silva e de Keliane Michelle Martins de Araújo, com fundamento no art. 125, inciso V, c/c o § 1º e 5º, do CPM.

### **VIII - DE NULIDADE ABSOLUTA POR INCOMPETÊNCIA DO JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA**

Cuida-se de preliminar de nulidade absoluta, decorrente de desrespeito ao princípio do juiz natural, suscitada pela Defesa do Apelante Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga em sede de Alegações Orais, ao tempo do julgamento deste processo em sessão.

A afronta ao referido princípio decorreria da Decisão da MM. Juíza Federal da Justiça Militar, proferida em 8.1.2019, por meio da qual dissolveu o Conselho Especial de Justiça para o Exército, que até então presidia o feito.

Compreendeu a Magistrada que a competência passara a lhe recair de forma singular, por força da nova disposição inserida no art. 30, I-B, da Lei 8.457/1992, pela Lei 13.774/2018. O dispositivo em questão fixou que as ações penais militares em que figurem civis acusados da prática de delito castrense competirão monocraticamente ao Juiz Federal, titular ou substituto, da Justiça Militar da União, mesmo que nelas se incluam militares:

**Art. 30.** Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente:

[...].

I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo;

Não obstante a alteração legal, a Defesa técnica assevera que a avocação de competência realizada, com dissolução do CEJ/Ex, seria inconstitucional, de sorte que os Oficiais deveriam ter sido mantidos como julgadores do feito. Ademais, alega que a perda dos outros quatro juízes acarretou claros prejuízos ao Réu, pois retirou a possibilidade que a leitura condenatória da Julgadora singular fosse vencida.

Resumida a tese defensiva, bem como a ocorrência processual relevante para a compreensão do caso, ela não prospera, porque incorrente desrespeito à garantia do juiz natural e, por consequência, à competência do

Conselho de Justiça. Ao revés, correta a leitura do Juízo a *quo*, ao passo que, dentre os vários envolvidos denunciados, sempre existiriam indivíduos enquadráveis como “civis”, isto é, que não eram militares da ativa ao tempo do fato, ou sequer da reserva.

Exemplo dessa situação é o Corréu Flávio Francisco da Silva, indivíduo acusado de partes dos fatos delituosos narrados, relacionado aos crimes ligados à pessoa jurídica Unifarma. Esse, diferentemente de outros Acusados, aparenta nunca haver ocupado qualquer cargo ou função na Administração Militar, muito menos algum que permitisse que ele fosse compreendido, nos termos legais, como militar, mesmo que da reserva.

Nesse cenário, tem-se que a hipótese dos autos se encaixa perfeitamente na regra do art. 30, I-B, a qual, por tratar de questão de competência absoluta, portanto de ordem pública, cogente e processual, devia ser aplicada imediatamente, tal qual feito pela Juíza de piso. Sobre isso, é válido destacar que a incompetência absoluta não se prorroga, nem se perpetua, de sorte que o CEJ/Ex, ao perder a competência pela mudança legislativa, não poderia mais atuar no feito.

É nessa linha que tem decidido este Superior Tribunal Militar, como se colhe dos julgados a seguir:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DEFESA. [...]. CRIME COMETIDO POR MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS EM COAUTORIA COM RÉU CIVIL. COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DO JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. ARTIGO 30, INCISO I-B, DA LEI Nº 8.457/1992. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 13.774/2018. [...]. 2. Conforme estabelece o art. 30, inciso I-B, da Lei nº 8.457/1992, com a redação conferida pela Lei nº 13.774/2018, compete ao Juiz Federal da Justiça Militar processar e julgar, monocraticamente, civis e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo. 3. A Lei nº 13.774/2018, por tratar de matéria processual, possui aplicabilidade imediata, em observância ao Princípio do *Tempus Regit Actum*, impondo que os atos a serem praticados após a sua vigência sejam por ela regulados, nos termos do art. 5º do CPPM. [...]. (STM. RSE 7000476-91.2021.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 7.10.2021. Publicado em 27.10.2021).

EMENTA: APELAÇÃO. [...]. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZ TOGADO. INCIDÊNCIA DO ART. 30, INCISO I-B, DA LEI Nº 8.457/92. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. [...]. Preliminarmente, a Defesa suscitou a incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para julgar monocraticamente o acusado militar, contudo, por força do disposto no art. 30, inciso I-B, da Lei 8.457/92, incluído pela Lei 13.774/2018, foi outorgado ao magistrado togado a competência para processar e julgar, de forma monocrática, tanto os acusados civis quanto os militares denunciados juntamente com aqueles no mesmo processo, como no caso

dos autos. Rejeição da preliminar suscitada. Decisão por unanimidade. [...]. (STM. AP 7000641-12.2019.7.00.0000. Rel. Min. Odilson Sampaio Benzi. Julgado em 6.5.2021. Publicado em 28.5.2021).

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ESTELIONATO. NULIDADE ABSOLUTA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. DESCONSTITUIÇÃO DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. A alteração trazida pela Lei nº 13.774/2018, no que tange à competência dos Conselhos Permanente e Especial de Justiça, diz respeito ao processamento e julgamento de civis, quando no seu art. 30, inciso I-B, previu que a competência passou a ser monocrática, do juiz federal da Justiça Militar, que também passou a julgar militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo. Não há que falar em afronta ao princípio do juiz natural porque o julgamento monocrático de militar denunciado juntamente com civil por juiz federal militar encontra previsão em legislação penal militar que foi alterada mediante critério objetivo. Permitida a possibilidade de recorrer ao STM no caso de condenação ou resultado outro que julgue lhe ser prejudicial, não há que falar em afronta ao devido processo legal. Rejeição dos Embargos Infringentes. Decisão majoritária. (STM. EI 7000758-66.2020.7.00.0000. Rel. p/o Acórdão Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em 22.4.2021. Publicado em 25.5.2021).

Por fim, para afastar eventual dúvida, sublinha-se que o caso não é de aplicação da tese fixada por esta Corte no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) 700425-51.2019.7.00.0000, julgado em 22.8.2019, nem no Enunciado 17 da Súmula deste Tribunal, editado na esteira desse julgamento paradigmático. Sobre isso, em que pese se tenha fixado que aos Conselhos compete julgar aqueles que eram militares ao tempo do fato criminoso, a tese em questão não elide o art. 30, I-B.

Ao se examinar a *ratio decidendi* do referido IRDR, denota-se que o exame da Corte se debruçou unicamente sobre a situação abstrata dos indivíduos que, embora ao tempo do processo possam ser considerados “civis”, na verdade praticaram o delito quando ainda eram militares. Assim, o tema se aplica unicamente quando as situações envolverem ex-militar acusado solitariamente, ou em conjunto com outros em mesma condição (ex-militares), ou no máximo com militares, a competência se mantém no Conselho, apesar da aparente modificação no *status* subjetivo-jurídico dessas pessoas.

Dito isso, concluiu-se que não ocorreu a nulidade questionada, razão pela qual não se vislumbra ângulo para acolhimento da preliminar suscitada e, por consequência, rejeita-se a tese levantada pela Defesa do Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga.

## MÉRITO

Vencidas as questões de ordem preliminar, passa-se ao mérito.

Inicialmente, cabe salientar que 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 da 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 artifizii 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. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 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, artil ou outro meio fraudulento.

O doutrinador Enio Luiz Rossetto, 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 artil 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 artil 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 artil. [...] **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 artil 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 nexu 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).

Quanto aos delitos previstos nos artigos 308 e 309 do Código castrense – corrupção passiva e corrupção ativa – do ponto de vista histórico, no Brasil, o Código de 1830 incriminava a corrupção sob os nomes de “peita” e “suborno”. Na primeira, a agente recebia dinheiro ou qualquer outro donativo e, no

segundo, a corrupção ocorria por influência ou pedido. O Código Penal de 1890, por seu turno, disciplinou a corrupção passiva e a ativa. Já o Código Penal de 1940 situou a corrupção passiva entre os crimes praticados por funcionário público e a corrupção ativa entre os crimes contra a Administração Pública.

Na legislação penal militar, o Código Penal da Armada de 1891 previu em seu art. 168 a pena de prisão com trabalho de 2 a 4 anos para todo indivíduo ao serviço da Marinha de Guerra ou do Exército que receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em dinheiro ou utilidade, retribuição que não lhe seja devida, bem como aceitar, direta ou indiretamente, promessa de dádiva ou recompensa para praticar ato de ofício ou cargo, embora de conformidade com a Lei.

Já o Código Penal Militar de 1944 inseriu a corrupção ativa e passiva entre os crimes contra a Administração Militar, da mesma forma como no Código Penal Militar de 1969.

Conforme lição de Enio Luiz Rossetto, “a corrupção é a venalidade em torno da função pública, denominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do corrompido e ativa quando se considera a atuação do corruptor”. (*Op. cit.* p. 1049).

O delito de corrupção passiva (art. 308 do CPM) é impropriamente militar, com igual definição no art. 317 do Código Penal comum. Tutela o funcionamento regular da Administração Militar, com base nos princípios da probidade, transparência e moralidade que devem pautar a conduta do militar e do servidor público. O sujeito ativo é o militar ou civil que trabalha na Administração Militar, e o sujeito passivo é a própria Administração castrense. Possui como elemento subjetivo o dolo, caracterizado na vontade de receber ou aceitar conscientemente vantagem indevida, ademais, o tipo penal exige o dolo específico “para si ou para outrem”.

O § 1º, por sua vez, prevê causa de aumento de pena se, em consequência da vantagem recebida ou pela aceitação da promessa de tal vantagem, o agente público retarda ou deixa de praticar ato de ofício ou pratica infringindo dever funcional.

O crime previsto no art. 309 do CPM, corrupção ativa, prevê pena de reclusão de até 8 anos àquele que dá, oferece ou promete dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional. Tem por objeto jurídico a moralidade da Administração Militar e a probidade de seus agentes. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo, por seu turno, é a Administração Militar.

O elemento subjetivo é o dolo e com ele, o fim de agir com o intuito de conseguir que o militar ou funcionário público pratique, se omita ou retarde

o ato funcional. O parágrafo único prevê causa de aumento se o ato ou omissão se configurar. A corrupção passiva e a corrupção ativa são independentes, dispensa-se a convergência de vontades entre corruptor e corrompido.

O delito relativo à subtração ou inutilização de livro, processo ou documento tem previsão no art. 337 do CPM. Historicamente, o art. 250 do Código Penal Militar de 1944, com algumas alterações, seguiu o previsto no Código Penal de 1940. Já o Código Penal Militar de 1969 incluiu a palavra “processo” no dispositivo atinente ao referido delito. Visa tutelar o funcionamento regular da Administração Militar, de modo a punir aquele que subtrai ou inutiliza livro oficial, processo ou qualquer documento.

O sujeito ativo é o civil ou até mesmo o militar, desde que aja nesta condição. O sujeito passivo é a Administração Militar. Possui como elemento subjetivo o dolo, na modalidade “subtrair” exige-se o fim especial de agir relativo ao assenhoreamento do bem.

As infrações criminais previstas na Lei 8.666, de 21.6.1993, por sua vez, foram inseridas na competência da Justiça Militar da União a partir da inovação trazida pela Lei 13.491, de 13.10.2017, que alterou o art. 9º da Lei Material Castrense e passou a considerar crimes militares aqueles previstos no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal quando praticados nas hipóteses do inciso II do referido dispositivo, chamados de crimes militares por extensão.

Assim, consoante já manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com a superveniência da Lei 13.491/2017, houve a ampliação da competência desta Justiça Castrense para o julgamento dos crimes previstos na Lei de Licitações praticado por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a Administração Militar. Neste contexto, cito a ementa de julgado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES PRATICADO POR MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.491/2017. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. SENTENÇA DE MÉRITO NÃO PROFERIDA. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

1. Hipótese em que a controvérsia apresentada cinge-se à definição do Juízo competente para processar e julgar crime praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei nº 13.491/2017.

2. A Lei nº 13.491/2017 promoveu alteração na própria definição de crime militar, o que permite identificar a natureza material do

regramento, mas também ampliou, por via reflexa, de modo substancial, a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual. É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2º, § 1º, do Código Penal Militar e no art. 5º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

3. Tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo-Auditor da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora Suscitante. (CC 160.902/RJ). Rel. Min. Laurita Vaz. 3ª Seção. Julgado em 12.12.2018. DJe de 18.12.2018).

De igual forma, a competência desta Justiça Especializada compreende os crimes praticados por civil conexos aos delitos praticados por militares contra o patrimônio sob a Administração Militar.

Em breve digressão histórica, salienta-se que a primeira norma do ordenamento jurídico brasileiro a tratar sobre o tema foi o Decreto 2.926, de 14.5.1862, que aprovou o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, e, a partir dele, sucederam-se diversas normas disciplinadoras. O Decreto-Lei 2.300, de 21.11.1986, foi o primeiro diploma legal a reunir todas as diretrizes pertinentes à matéria (ALVES, Verônica Freitas Rodrigues. *Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal*. Disponível em <https://revista.mpm.mp.br/ler-artigo/>. Acesso em: 14.10.2021).

Sob a proteção da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição da República de 1988, passou a vigorar a Lei 8.666/1993, que estabelece regras gerais sobre licitações e contratos administrativos. Em seu Capítulo IV prevê as Sanções Administrativas e da Tutela Judicial e na Seção III disciplina os Crimes e as Penas em caso de violação às exigências previstas na lei.

Com a entrada em vigor da Lei 14.133, de 1º.4.2021, em razão do *princípio da ultratividade da lei penal mais benigna e da continuidade normativo-típica das condutas criminalizadas*, deve ser mantida a aplicação da Lei 8.666/1993.

A doutrina brasileira afirma que a lei material de cunho punitivo, quando mais severa em relação à lei anterior, não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência.

O escritor Cezar Roberto Bitencourt assevera que “a lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada” (*In Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 162).

O mesmo doutrinador ensina que a irretroatividade das leis penais, como princípio geral do Direito Penal moderno, decorre das ideias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e origina-se do princípio da legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 132).

Desta forma, acrescenta-se, *in verbis*:

Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a da irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

O fundamento dessa proibição, sustenta Jescheck, é a ideia de segurança jurídica, que se consubstancia num dos princípios reitores do Estado de Direito, segundo o qual as normas que regulam as infrações penais não podem modificar-se após as suas execuções em prejuízo do cidadão. (*Op. cit.* 2020, p. 465).

Assim, como a lei nova possui consequências penais negativas para os Acusados, ao aumentar a reprimenda restritiva de liberdade, deve ser aplicada a lei anterior, mais benigna aos Agentes.

O art. 96, inciso III, da referida Lei 8.666/1993 assim dispõe:

**Art. 96.** Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: (Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021)

[...]

III - entregando uma mercadoria por outra;

O *sujeito ativo* do referido crime é qualquer pessoa que participe de procedimento licitatório ou contratação direta com a Administração Pública.

Conforme dispõe o douto Administrativista Marçal Justen Filho, a fraude, para os fins da norma, refere-se à finalidade da licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, mediante disputa entre particulares. Afirma que o elemento subjetivo é o dolo genérico (*In*

*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 634).

Em análise ao processo em tela, consoante sinteticamente apresentado no Relatório, cuida-se de caso subjetivo e objetivamente complexo, isto é, caso em que variados indivíduos supostamente agiram, cada qual por meio de conduta própria, para o sucesso de volumosa empreitada criminosa, a partir da qual se consumaram em mais de um tipo de delito. A exemplificar tal quadro, na própria Denúncia, em sua abertura, forneceu-se um resumo:

Consta dos autos que, durante o ano de 2011, os denunciados, atuando em concurso, em continuidade delitiva, cometeram, na forma adiante individualizada, os crimes de estelionato (art. 251, do Código Penal Militar), peculato-desvio (artigo 303, do Código Penal Militar), corrupção passiva (artigo 308, do Código Penal Militar), corrupção ativa (artigo 309, do Código Penal Militar), falsidade ideológica (artigo 312, do Código Penal Militar), uso de documento falso (art. 315, do Código Penal Militar) e o crime capitulado no artigo 96, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações).

Os presentes autos revelam a existência de organização criminosa integrada pelos denunciados militares com atuação na administração do Hospital Militar de Área do Recife (HMAR) e pelos denunciados civis, administradores das Empresas UNIFARMA MEDICAMENTOS (EXCLUSIVA FARMA MEDICAMENTOS LTDA), SUESTE COMÉRCIO ATACADISTA E VAREJISTA LTDA (SUESTE COMÉRCIO E SERVIÇOS), DIFERENCIAL COMÉRCIO E ATACADISTA LTDA e IVELCO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE EQUIPAMENTOS LTDA.

Fundamentalmente, toda a trama criminosa consistiu na simulação de despesas, mediante a emissão, com a participação dos denunciados militares, de inúmeras notas de empenho destinadas à aquisição de material acompanhadas do respectivo pagamento sem que houvesse a efetiva entrega dos bens comprados por parte das empresas dos denunciados civis, resultando em vantagem pecuniária indevida para todos os envolvidos. Ressalte-se que, para a prática dos delitos, os denunciados militares não se incomodaram em violar o disposto nas normas que regulam o PDR (Processo Administrativo de Despesas Realizadas) e proíbem a centralização das etapas de realização das despesas justamente para impedir a prática de crimes como os que foram cometidos.

Dito isso, com o intuito de fornecer uma visualização mais clara e racional possível, inicia-se esta parte do Voto por um desenvolvimento das supostas condutas acima resumidas, por meio da descrição feita na Peça Acusatória recém-citada e parcialmente transcrita. Posteriormente a essa, avançar-se-á para as conclusões que o Juízo consolidou na Sentença e que ora são questionadas.

Cumpridas essas etapas introdutórias, os cenários descritos serão confrontados em face das alegações e teses defensivas e acusatórias trazidas

nos Recursos e Contrarrespostas manejados a fim de determinar a verdade processual alcançável a partir do existente no caderno probatório. Por essa lógica, não se fará citação ou avaliação de toda e qualquer prova carreada, mas somente daquelas que nitidamente influírem na determinação dos fatos, de modo a racionalizar o julgamento já longo.

Feito esse preâmbulo ao Voto, a adotar a linha traçada na Denúncia, cabe antes apontar os militares do Exército Brasileiro arrolados como Acusados, ou seja, os que teriam agido ou contribuído para que os delitos imputados se implementassem, com as funções que desempenhavam: 1º Ten R/2 **Izabella** Xavier Falcão de Souza, Chefe do Almoxarifado; Maj R/1 Alexandre **Graciano** da Silva, Chefe da Seção de Aquisições, Licitações e Contratos; Cel R/1 Newton **Figueiredo** Corrêa, Ordenador de Despesas e Diretor do HMAR; Cel R/1 **Mário** Pereira do Nascimento **Filho**, Chefe da Divisão Administrativa; Ten Cel R/1 Luiz Alberto de **Almeida** Braga, Fiscal Administrativo; Cel R/1 Washington Luiz Lima **Teixeira** e Cel R/1 Antônio **Sérgio** de Andrade, ambos Ordenadores de Despesas em substituição ao Cel R/1 Figueiredo.

Segundo elaborado pela Acusação, a ação criminosa dos militares teria se centrado no empenho de valores financeiros da Organização Militar referente à compra de medicamentos e de materiais de informática, solicitados inicialmente mediante Parte Requisitória e que, após, deram ensejo à liquidação dos referidos empenhos, a acarretar um prejuízo total de R\$ 4.526.235,91, pagos às pessoas jurídicas do “núcleo civil” (mais à frente analisadas) de forma indevida.

Ainda em uma análise genérica, porém minimamente individualizada das ações dos Oficiais, a Ten Izabella teria demonstrado sua aquiescência dolosa quando, no que toca aos medicamentos, “usurpou” atribuições do Chefe de Farmácia do nosocômio, ao passo que, àquele tempo, era unicamente a Chefe do Almoxarifado. Com relação aos materiais de informática, a Tenente teria formulado os respectivos pedidos sem que existisse prévio reporte dos órgãos da Unidade Militar acerca de eventual necessidade de aquisição de bens desse gênero.

A militar também teria agido em visível desconformidade com as determinações internas do Hospital quando do recebimento dos medicamentos. Nesse sentido, consoante Boletim Interno, compôs-se “Comissão de Recebimento de Material Farmacológico” justamente para essa finalidade, fato que não impediu que a Tenente viesse a atestar, sem autorização ou qualquer forma de consentimento da citada Comissão, o “recebimento dos medicamentos empenhados no verso das Notas Fiscais emitidas pela Empresa Unifarma”.

Por sua vez, o Cel Figueiredo e o Maj Graciano teriam sinalizado sua participação ao emitirem “as Notas de Empenho antes mesmo da confecção das Partes Requisitória” por parte da Tenente. Isto é, empenharam dotações

orçamentárias sem antes saber de “qualquer necessidade real, efetiva dos materiais de farmácia e de informática”, o que, no ver do *Parquet*, configurou inclusive “autorização para pagamento”. No mesmo grupo se inseriu o Cel Sérgio, nos momentos em que substituiu o Cel Figueiredo na posição de Ordenador de Despesas, ao permitir a continuidade dos acontecimentos.

Outros indicativos do dolo, aplicáveis a todos os Réus, residiriam nos seguintes fatos: a quantidade dos produtos a serem adquiridos ser “consideravelmente superior à demanda do HMAR”; “diversos tipos de medicamentos requisitados” pela Ten Izabella, a mando do Cel Mário Filho e pagos por ordem do Cel Figueiredo e do Maj Graciano, não teriam “histórico de uso no HMAR” ou sequer fariam “parte dos medicamentos padronizados pelo Hospital”; e os empenhos realizados expressariam “objetos, valores e, especialmente, beneficiários certos e determinados antes mesmo da formalização da requisição de compra e da abertura de licitação”.

Retornado a uma leitura individualizada, destacou o *Parquet* que o Cel Figueiredo teria sido “advertido pessoalmente e diretamente acerca da conduta” da Tenente referente a ela ter “requisitado medicamentos sem ter atribuição para fazê-lo”. Ainda, uma “auditoria não programada realizada pela 7ª ICFEX no HMAR” haveria resultado em recomendação explícita e por escrito ao Ordenador de Despesas de que a Unidade passasse a registrar no SISCOFIS todo item adquirido, visto que a falta desse procedimento contrariava determinação contida na Portaria 030, da Secretaria de Economia e Finanças do Exército, com a possibilidade de traduzir “indício de dano ao Erário”.

Entretanto, nenhuma medida teria sido adotada para resolver quaisquer dos referidos problemas. Com isso, aponta a Acusação que, mesmo se excluído ou não percebido eventual dolo comissivo, por certo se denota ao menos dolo omissivo impróprio, isto é, a presença de intenção livre e consciente de deixar de agir para evitar fato delituoso quando não só podia fazê-lo, mas também lhe recaía obrigação legal de agir para evitar. Assim, o Cel Figueiredo, no mínimo, teria participado a partir do instante em que foi cientificado das inconformidades.

Na senda dessa omissão, incluem-se as pessoas do Maj Graciano e do então Maj Almeida. Os dois, igualmente, agiram de forma comissiva, com condutas positivas para o desiderato criminoso ou omitiram-se ao deixarem de “impedir o desenrolar da trama criminosa”, mormente pelas atribuições que detinham e pelas constatações levantadas pelas fiscalizações recém-citadas.

Com o somatório das supostas ações e inações, segundo a Acusação, haveria se consumado a malversação de um total de R\$ 4.414.330,15, em um período compreendido entre novembro e dezembro de 2011. Ainda sem determinar o exato enquadramento típico penal dos atos praticados pelos militares, destaca desde logo que, do somatório acima, R\$ 2.596.708,44 foram pagos à empresa Unifarma Medicamentos sem a devida contraprestação,

enquanto os restantes R\$ 1.817.621,71 enriqueceram de forma indevida as pessoas jurídicas Sueste Comércio, Diferencial Comércio e Ivelco Comércio.

Até aqui delineou a Denúncia o que se praticou administrativamente, para que a empreitada ocorresse e se efetivasse. Posteriormente a isso, quando abertas apurações iniciais para esclarecimento dos fatos, outras condutas foram então concebidas na tentativa de encobrimento. Quanto a esse cenário ocorrido a *posteriori* dos desvios, constatou-se que o “Major LUIZ ALBERTO DE ALMEIDA BRAGA confeccionou e o denunciado Coronel WASHINGTON LUIZ LIMA TEIXEIRA assinou Boletim Interno com conteúdo que sabiam ser falso”.

No referido Boletim, publicado em 23.3.2012, teria sido registrada a “inclusão no patrimônio dos bens relacionados nas Notas Fiscais falsas investigadas sem que tivessem sido entregues pelos fornecedores, alterando a verdade dos fatos quanto à existência desses bens nos depósitos do HMAR”. Com o mesmo fim, produziram documentos ideologicamente falsos, com data retroativa, para criar uma situação inexistente em que o Almojarifado não deteria capacidade para estocar o que se adquirira, motivo que justificaria a não localização de medicamentos na farmácia do HMAR.

Ainda, criaram-se documentos intitulados “cartas de crédito”, por meio dos quais, na leitura do *Parquet*, visou-se insinuar a existência de crédito do HMAR com as empresas fornecedoras de produtos e, por consequência, de débitos dessas, de modo que a ausência de fornecimento de bens não configuraria uma fraude. A avançar no núcleo civil, nesse momento então se envolveram os civis Flávio Francisco da Silva e Andréia Carla Martins Cavalcanti (nome anterior Andréia Carla da Silva Martins), pela empresa Unifarma, pois confeccionaram e assinaram os documentos.

Pelas demais pessoas jurídicas envolvidas, Valdilson Lacke de Araújo o fez em nome da Sueste Comércio, enquanto José Humberto da Silva produziu tais cartas em nome da Ivelco Comércio. Ainda sobre essas cartas, destaca o MPM que elas seriam frontalmente contraditórias com o Boletim Interno acima citado, visto que pelos títulos particulares se atestava um crédito em decorrência do não fornecimento de bens, enquanto no documento público se afirmava o recebimento desses mesmos materiais nunca entregues.

Igualmente contraditório tanto o Boletim, quanto as cartas de crédito em relação à suposta falta de espaço no Almojarifado da Unidade afirmada pela Ten Izabella e reverberada pelo Maj Almeida e pelo Cel Figueiredo. Ainda que as quantidades fossem superiores a qualquer capacidade de estoque, pois eram em número muito acima do que comumente o HMAR licitava, percebe-se novamente que, se os bens houvessem sido realmente comprados, o Boletim não era fidedigno, bem como que não existiria a necessidade da confecção dos títulos de crédito.

A acrescentar em robustez nas conclusões acusatórias, quebras de sigilo bancário teriam indicado que a Ten Izabella, entre fevereiro de 2011 e abril de 2012, recebeu transferências bancárias oriundas das empresas e dos empresários apontados. Os demais Acusados haveriam sido “mais cuidadosos” que a militar, pois os depósitos e transferências para suas contas, no mesmo período, não detinham origem identificada. Ainda assim, a Denúncia destaca montantes supostamente recebidos a título de vantagem indevida pelos militares Cel Figueiredo, Maj Almeida, Cel Mário Filho e Maj Graciano.

Feito esse delineamento genérico, o qual, como antes dito, sintoniza-se com a ordem estabelecida na Denúncia, passa-se agora ao resumo das condutas individualmente praticadas. Em linha com a Peça Acusatória e a Sentença, a individualização se dá mediante agrupamento das ações e inações em relação aos processos de compra de cada pessoa jurídica, ao passo que foi no entorno de cada empresa que se possibilitou e se almejou os crimes imputados.

Dito isso, inicia-se esta parte pelos delitos decorrentes das compras da empresa Unifarma Medicamentos que se desenvolveram entre novembro de 2011 e janeiro de 2012. A Ten Izabella, enquanto Chefe do Almoxarifado do HMAR, agiu em cumprimento a determinação igualmente dolosa do Cel Mário Filho, na confecção de quarenta e sete “Partes Requisitórias ideologicamente falsas”. Tais Partes visavam justificar o requerimento de compra de medicamentos e, por consequência, o procedimento necessário para expedição dos cabíveis empenhos.

Esse desiderato teria sido desenvolvido pelo Cel Figueiredo, Ordenador de Despesas, e pelo Maj Graciano, Chefe da SALC, ao passo que este último teria emitido as respectivas Notas de Empenho, enquanto o primeiro, além de autorizar o procedimento licitatório, assinou tais notas e posteriormente deu aval à sua liquidação. Ainda, o Maj Almeida foi fundamental, na qualidade de Fiscal Administrativo, por haver “conferido, e endossado a aquisição fictícia de medicamentos por meio da aposição do seu visto nessas ilícitas requisições”.

Uma vez contratada a Unifarma, o casal Andréia Carla Martins Cavalcanti e Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, ambos sócios da referida empresa, aquela oficialmente, este “de fato” (segundo a Acusação), teriam produzido Notas Fiscais também falsas, em que indicavam o exato valor das Notas de Empenho produzidas em contrapartida pela fictícia venda de medicamentos. Ao fim, obtiveram vantagem consistente no recebimento dos valores, a consumir a empreitada criminosa imaginada.

Foi também relevante e indispensável para acobertar o que ocorria, a ação da Ten Izabella quando do suposto recebimento dos medicamentos adquiridos, pois, para dar recebimento nas Notas Fiscais, necessitou usurpar “as atribuições da Comissão de Recebimento de Medicamentos designada em

Boletim Interno". Como antes destacado, assim agiu a Tenente de modo a evitar a constatação do ardid que se praticava.

Com os somatórios de todas essas ações e/ou inações, no que concerne às contratações relacionadas à Unifarma Medicamentos, o resultado típico foi resumido no trecho que se transcreve, *in litteris*:

Assim agindo, os denunciados IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI, LUIZ ALBERTO DE ALMEIDA BRAGA, MÁRIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO, NEWTON FIGUEIREDO CORRÊA, ALEXANDRE GRACIANO DA SILVA, GENTIL DE OLIVEIRA CAVALCANTI FILHO e ANDRÉIA CARLA MARTINS CAVALCANTI, dolosamente, em comunhão de vontades e repartição de tarefas, auferiram para si, vantagem ilícita calculada em, no mínimo, R\$ 2.823.044,91 (dois milhões, oitocentos e vinte três mil, quarenta e quatro reais e noventa e um centavos), em detrimento do patrimônio sob administração militar, tendo praticado 47 (quarenta e sete) condutas típicas de estelionato contra a administração militar nos procedimentos licitatórios envolvendo o Hospital Militar de Área do Recife e a Empresa UNIFARMA MEDICAMENTOS, entre novembro e dezembro de 2011.

À individualização seguinte, praticado por meio de Sueste Comércio, o *modus operandi* se repetiu em oito contratações diferentes.

Na primeira, a Ten Izabella, com apoio do Cel Mário Filho e do Maj Almeida, teria forjado "12 (doze) Partes Requisitórias [...] ideologicamente falsas", desta vez para aquisição de materiais de informática. O Cel Figueiredo e o Maj Graciano, cada qual em suas funções, dão aval às despesas e permitem o despendimento dos valores, que alcançam a cifra de R\$ 1.287.352,93. Neste caso, sobressai de diferente ao anterior o fato de que, em regra, existiria prévio aviso da necessidade de tais materiais antes da sua aquisição, o que não ocorre no caso.

Na referida empresa teriam agido os civis Romero Octaviano de Souza Filho e Valdilson Lacke de Araújo tal qual os sócios da Unifarma: por meio da emissão de notas fiscais sabidamente "frias" em contrapartida à falsa compra e venda efetuada com a Administração Militar. Por óbvio, nunca fornecem os produtos supostamente adquiridos e, a partir da liquidação das notas de empenho expedidas, obtêm a vantagem indevida.

A esta ocorrência se acrescentou também a constatação de que parte dos valores recebidos pela empresa licitada foi desviada em favor da Ten Izabella, mediante transferências eletrônicas feitas pelos dois Acusados citados no parágrafo acima para conta bancária pessoal da militar. Com isso, além da configuração do estelionato, houve também a constatação da possível prática tanto de corrupção passiva, quanto ativa. Assim, as imputações deste primeiro item se resumiram da seguinte forma:

Assim agindo, os denunciados IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI, LUIZ ALBERTO DE ALMEIDA BRAGA, MÁRIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO, NEWTON FIGUEIREDO CORRÊA, ALEXANDRE GRACIANO DA SILVA, ROMERO OTAVIANO DE SOUZA FILHO e VALDILSON LACKE DE ARAÚJO, de forma dolosa, livre e consciente, em comunhão de vontades e repartição de tarefas, auferiram para si, vantagem ilícita de, no mínimo, R\$ 1.581.653,68 (um milhão quinhentos e oitenta e um mil seiscentos e cinquenta e três reais e sessenta e oito centavos), em detrimento do patrimônio sob administração militar, praticando **14 (quatorze) condutas típicas de estelionato** contra a Administração Militar, nos procedimentos licitatórios envolvendo o Hospital Militar de Área do Recife e a empresa SUESTE, no subelemento 17, entre novembro e dezembro de 2011.

[...].

Assim agindo, os denunciados ROMERO OTAVIANO DE SOUZA FILHO e VALDILSON LACKE DE ARAÚJO, de forma consciente e voluntária, em comunhão de vontades e repartição de tarefas, deram dinheiro à denunciada IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI para, na condição de Chefe do Almoarifado do HMAR, praticar atos funcionais ilícitos que viabilizaram a obtenção de vantagem indevida pela SUESTE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA em detrimento da administração militar (**artigo 309, parágrafo único, CPM, por 4 vezes**). Por sua vez, a referida denunciada recebeu diretamente, em sua conta bancária, em quatro ocasiões distintas, quantias em dinheiro para, em razão da função de Chefe do Almoarifado do HMAR, praticar atos de ofício contra o dever legal, e viabilizar o desfalque ora descrito, em favor da mencionada empresa e, consequentemente, dos denunciados civis (**artigo 308, § 1º, do CPM, por 4 vezes**).

Na subdivisão seguinte, conforme narrado na Denúncia (item 3.2.2), houve por parte dos envolvidos a seguinte prática criminosa: entre setembro e outubro de 2011, a Ten Izabella elaborou quatro Partes Requisitórias ideologicamente falsas para compra de “material de consumo”, a partir das quais emitiu e liquidou as respectivas Notas de Empenho, com autorização do Cel Sérgio, que desempenhava a função de Ordenador de Despesas, em substituição ao Cel Figueiredo.

Teriam assentido a essa fraude o Fiscal Administrativo e o Chefe da Divisão Administrativa, respectivamente o Maj Almeida e o Cel Mário Filho, os quais, a despeito das desconformidades constatáveis, nada fizeram para impedir a ocorrência. No polo civil, novamente os sócios da Sueste, Romero Octaviano de Souza Filho e Valdilson Lacke de Araújo, teriam recebido vantagem econômica correspondente aos bens fictamente vendidos, após contribuírem para o esquema ardiloso por meio da emissão de Notas Fiscais inverossímeis. Posteriormente, a referida Tenente atestou nos citados documentos o recebimento inverídico.

Neste ponto assim se resumiu a consumação delituosa:

Assim agindo, os denunciados Tenente IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI, Major LUIZ ALBERTO DE ALMEIDA BRAGA, Tenente Coronel MÁRIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO, Coronel ANTÔNIO SÉRGIO DE ANDRADE, ROMERO OTAVIANO DE SOUZA FILHO e VALDILSON LACKE DE ARAUJO, de consciente e voluntária, em comunhão de vontades e repartição de tarefas, auferiram para si, **vantagem ilícita de, no mínimo, R\$ 259.157,32 (duzentos e cinquenta e nove mil, cento e cinquenta e sete reais e trinta e dois centavos)** em detrimento do patrimônio sob administração, militar, praticando **12 (doze) condutas típicas de estelionato** contra a administração militar, nos procedimentos licitatórios envolvendo o Hospital Militar de Área do Recife e a Empresa SUESTE, no subelemento 17, em outubro de 2011. (Grifo nosso).

Aos itens faltantes que se referem à Sueste (3.2.3 a 3.2.8), em face do descortinado acima e da repetição muito semelhante do *modus operandi* nas subdivisões delituosas referidas, resumem-se elas nos seguintes termos. Em todos a Ten Izabella confeccionou Partes Requisitórias falsas, voltadas a aquisições de materiais variados (“de expediente”, “de copa e cozinha”, “de limpeza”, “elétrico”, “de acondicionamento e embalagem” e “lubrificante”), observado que em nenhuma delas houve “provocação do setor competente”, bem como parte das respectivas Notas de Empenho sequer foram assinadas pelo Ordenador de Despesas.

Decorridas em datas compreendidas entre agosto de 2011 e fevereiro de 2012, todas essas práticas criminosas envolveram os Coronéis Figueiredo e Sérgio, ambos enquanto Ordenadores de Despesas, ao terem assinado as respectivas Notas de Empenho (salvo aquelas apócrifas), permitido o empenho e consumado a liquidação e pagamento dos valores. Os Oficiais Mário Filho e Almeida se omitiram de agir e permitiram a continuidade dos delitos, a despeito das irregularidades visíveis, tal qual a aquisição em número desproporcional.

Na Sueste, Romero Octaviano de Souza Filho e Valdilson Lacke de Araújo teriam produzido as Notas Fiscais falsas em todas as situações. Essas posteriormente receberam atestes inidôneos da Ten Izabella, pelos quais ela simulou a entrada dos bens fictamente adquiridos. Destacou a Acusação que, em todos os casos, ainda que existente registro no SISCOFIS, a já citada auditoria da 7ª ICFEx constatou que o material presente no Almoxarifado não correspondia ao indicado nas Notas de Empenho e nas Notas Fiscais correspondentes (“não estavam no estoque ou apresentavam saldo ínfimo”).

Para fechamento, transcrevem-se as conclusões dos referidos subitens, na respectiva ordem numérica (3.2.3 a 3.2.8), em que indicada a vantagem indevida obtida (e o conseqüente dano vivenciado pelo erário), a partir do ardil empreendido por particulares e servidores públicos, a consumir os estelionatos:

O **prejuízo causado à administração militar em razão da simulação de compra de material** no subelemento 16, corresponde à soma do valor total das Notas de empenho frias emitidas pela administração do HMAR apenas para viabilizar o desvio de dinheiro público **totalizou a vultosa quantia de R\$ 315.690,67** (trezentos e quinze mil, seiscentos e noventa reais e sessenta e sete centavos). (Subitem 3.2.3; grifo nosso).

Assim, o **prejuízo causado à administração militar em decorrência da simulação de compra de material** no subelemento 21 corresponde à soma do valor total das Notas de Empenho frias emitidas, liquidadas e pagas pela administração do HMAR apenas para viabilizar o desvio de dinheiro público. Em suma, **o prejuízo causado e a vantagem auferida pelos denunciados totaliza R\$ 1.047.601,80** (um milhão, quarenta e sete mil, seiscentos e um reais e oitenta centavos). (Subitem 3.2.4; grifo nosso).

O **prejuízo causado à administração militar em razão da simulação de compra de material** no subelemento 22 corresponde à soma do valor total das Notas de Empenho frias, emitidas, **liquidadas e pagas pela administração do HMAR apenas para viabilizar o desvio de dinheiro público no valor de R\$ 908.862,51** (novecentos e: oito mil, oitocentos e sessenta e dois reais e cinquenta e um centavos). (Subitem 3.2.5; grifo nosso).

O **prejuízo causado à administração militar em decorrência da simulação de compra de material** no subelemento 26, corresponde à soma do valor total das duas Notas de Empenho frias, emitidas, liquidadas e pagas pela administração do HMAR com o exclusivo objetivo de **viabilizar o desvio de dinheiro público em benefício dos denunciados no valor total de R\$ 62.000,00** (sessenta e dois mil reais). (Subitem 3.2.6; grifo nosso).

Assim, o **prejuízo ocasionado à administração militar em razão da simulação de compra de material** no subelemento 19, corresponde a soma do valor total das duas notas de empenho frias, emitidas, liquidadas e pagas pela administração do HMAR **apenas para viabilizar o desvio de dinheiro público, qual seja, R\$ 156.800,00** (cento e cinquenta e seis mil e oitocentos reais). (Subitem 3.2.7; grifo nosso).

Assim, o **prejuízo ocasionado à administração militar em razão da simulação de compra de material** nos subelementos 03 e 11, corresponde à soma do valor total das duas notas de empenho frias, emitidas, liquidadas e pagas pela administração do HMAR **apenas para viabilizar o desvio de dinheiro público, qual seja, R\$ 55.753,40** (cinquenta e cinco mil setecentos e cinquenta e três reais e quarenta centavos). (Subitem 3.2.8; grifo nosso).

Vencidas as imputações referentes à Empresa Sueste, passa-se às da Diferencial Comércio Atacadista Ltda. Tal qual nas anteriores, a Chefe do Almoxarifado elaborou Partes Requisitórias (25 ao todo nesta situação), com informações falsas “para suposta aquisição de materiais de informática, de expediente, de limpeza, de copa cozinha, de processamento de dados”. Os Coronéis Figueiredo e Andrade e o Maj Graciano, aqueles na condição de Ordenadores de Despesas e este na de Chefe da SALC, teriam avalizado as respectivas Notas de Empenho, o que veio a permitir a consequente despesa indevida.

O Cel Mário Filho, enquanto Chefe da Divisão Administrativa, orientou a Tenente, segundo a Acusação, a participar da prática criminosa desenvolvida. Já o Maj Almeida haveria participado “ativamente do esquema” quando conferiu e endossou “a simulação de aquisição de materiais de informática por meio da aposição do seu visto nessas requisições manifestamente ilícitas”. Por fim, os civis Stanley de Oliveira Cipriano, Urionilo de Santana Júnior e o Ten Cel R/1 Marco Aurélio da Silva Andriani emitiram as cabíveis Notas Fiscais “frias”, que vieram a receber o ateste de falso recebimento pela Tenente Izabella.

Sublinha que a Acusação teria averiguado que, embora não conste formalmente, o Ten Cel R/1 Andriani seria sócio de fato da pessoa jurídica, visto que grande parte dos montantes recebidos pela empresa foram a ele repassados. Ainda assim, os outros dois, adjetivados como “laranjas” pelo *Parquet*, também teriam se beneficiado dos estelionatos praticados, ao passo que a quebra de seus sigilos bancários constatou transferências da Diferencial para eles.

A tipificação e a quantificação delituosa restaram assim resumidas:

Assim agindo, os denunciados Tenente IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI, Major LUIZ ALBERTO DE ALMEIDA BRAGA, TC MÁRIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO, Coronel NEWTON FIGUEIREDO CORRÊA, Capitão ALEXANDRE GRACIANO DA SILVA, Major MARCO AURÉLIO DA SILVA ADRIANI, STANLEY DE OLIVEIRA CIPRIANO e URIONILO DE SANTANA JÚNIOR, de fora consciente e voluntária, em comunhão de vontades e repartição de tarefas, **auferiram para si, vantagem ilícita de, no mínimo, R\$ 885.377,14** (oitocentos e oitenta e cinco mil, trezentos e setenta e sete reais e catorze centavos), **em detrimento do patrimônio sob administração militar, praticando, em continuidade delitiva, 26 (vinte e seis) condutas típicas de estelionato** contra a administração militar nos procedimentos licitatórios envolvendo o Hospital Militar de Área do Recife e a Empresa DIFERENCIAL COMÉRCIO ATACADISTA LTDA, entre agosto e dezembro de 2011. (Grifo nosso).

Passando à última repartição das condutas típicas, desta vez no que se referiram às contratações que envolveram a Ivelco Comércio e Distribuição

LTDA, as ações dos envolvidos no âmbito do HMAR são idênticas às já descritas: Ten Izabella, com apoio do Cel Mário Filho, confeccionou 24 Partes Requisitórias falsas, voltadas à obtenção de “material de informática, material químico [...], material de expediente, material de limpeza, material de copa e cozinha”. As Notas de Empenho foram assinadas pelos Coronéis Figueiredo e Sérgio, sem oposição.

O Fiscal Administrativo, Maj Almeida, nada interpôs contra as ilegais aquisições, enquanto o Maj Graciano, Chefe da SALC, emitiu outras Notas de Empenho. No polo “civil”, os participantes e beneficiados teriam sido os Réus Víctor Emanuel Boroni dos Santos, Keliane Michelle Martins de Araújo e José Humberto da Silva, que emitiram as correspondentes notas fiscais fraudulentas e, posteriormente, obtiveram indevida vantagem consistente nos pagamentos dos produtos nunca fornecidos.

Especificamente sobre José Humberto da Silva, destacou a Acusação que sua consciência criminosa deflui do fato de que era o Gerente Administrativo da Ivelco para o fornecimento dos bens fictamente comprados. Logo, a despeito da ausência de indicativo claro em sua conta bancária de que tenha se beneficiado diretamente do estelionato empreendido, seria óbvio que sabia e envidou esforços para o sucesso do crime, pois era impossível que não houvesse percebido a inexistência de entrega efetiva.

Ao fim do *iter criminis* dos delitos patrimoniais acima descortinados, a Tenente, em usurpação à função da cabível Comissão de Recebimento, deu ateste nas Notas Fiscais “frias”, enquanto os Ordenadores de Despesas titular (Cel Figueiredo) e substituto (Cel Sérgio) permitiram a liquidação e o conseqüente pagamento por objetos nunca recebidos. Com isso, a imputação final, em relação aos estelionatos, restou da seguinte forma:

Assim agindo, os denunciados Tenente IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI, Major LUIZ ALBERTO DE ALMEIDA BRAGA, TC MÁRIO PEREIRA DO NASCIMENTO FILHO, Coronel NEWTON FIGUEIREDO CORRÊA, Coronel ANTÔNIO SÉRGIO DE ANDRADE, Capitão ALEXANDRE GRACIANO DA SILVA, JOSÉ HUMBERTO DA SILVA, VICTOR EMMANUEL BORONI DOS SANTOS e KELIANE MICHELLE MARTINS DE ARAÚJO, de forma consciente e voluntária, em comunhão de vontades e repartição de tarefas, **auferiram para si vantagem ilícita de, no mínimo, R\$ 302.128,07 (trezentos e dois mil, cento e vinte e oito reais e sete centavos), em detrimento do patrimônio sob administração militar, ao praticarem 20 (vinte) condutas típicas de estelionato contra a administração militar** nos procedimentos licitatórios envolvendo o Hospital Militar de Área do Recife e a Empresa IVELCO COMÉRCIO e DISTRIBUIÇÃO LTDA, entre março e dezembro de 2011. (Grifo nosso).

Ainda, em algumas compras houve fornecimento, porém, o que foi entregue não conferia com o constante da Nota Fiscal (seriam aquisições de materiais de informática, mas se receberam materiais “de consumo” e

“diversos”). Nesses casos, por também vislumbrar diferença entre o valor pago e o equivalente pelo entregue, compreendeu o *Parquet* pelo incurso de parte dos Acusados no delito tipificado no art. 96, III, da Lei 8.666/1993:

Ademais, tanto a denunciada Tenente IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI, como os denunciados VICTOR EMMANUEL BORONI DOS SANTOS, JELIANE MICHELLE MARTINS DE ARAÚJO e JOSÉ HUMBERTO DA SILVA, **praticaram, em concurso de pessoas e continuidade delitiva (23 condutas), o crime capitulado no artigo 96, inciso III, da Lei 8.666/93** (Lei de Licitações). (Grifo nosso).

Ao fim da Denúncia, o MPM descreveu as condutas delituosas que compreendeu terem sido praticadas posteriormente, com o intuito de ocultar o esquema de estelionato e de corrupção. Enquadrou-as nos tipos penais de falsidade ideológica, o qual haveria sido executado em variadas oportunidades e por muitos dos Acusados, e de subtração ou inutilização de livro, processo ou documento (art. 337 do CPM), somente ocorrido três vezes e em todas as oportunidades cometido somente pela Ten Izabella.

Desde logo se opta por deixar de pormenorizar os fatos capitulados no art. 312 pela Peça Acusatória, bem como por deixar de fazer qualquer transcrição, porque, embora ainda não examinado neste documento, a Sentença considerou todos esses conglobados nos estelionatos denunciados. Além disso, o *Parquet* não se indispôs com tal compreensão, visto que não recorreu, o que sepulta qualquer possibilidade de modificação por força do princípio da *non reformatio in pejus*.

Entretanto, em virtude de haver sido acolhida no sentenciamento, cabe a transcrição da imputação referente ao delito do art. 337. Quanto a isso, sumariamente, a multicitada Tenente, na provável intenção de dificultar a eventual descoberta dos crimes ocorridos por meio da conferência de material, subtraiu “os livros de distribuição de material permanente, o de pedidos de material de consumo e as partes de solicitação de material permanente”.

Tais fatos foram percebidos ao tempo da transmissão da sua função de Chefe de Almoxarifado. O militar que a assumiu denunciou as subtrações praticadas. Com isso, no sentir do MPM, a conduta atribuível à Ré revelou a intenção dela em dolosamente “ocultar informações sobre a movimentação do almoxarifado”, fato esse que foi então sumarizado na capitulação que se transcreve a seguir:

Ao subtrair livros oficiais da administração militar (livros distribuição de material permanente e o de pedidos de material de consumo), bem como documentos (partes de solicitação de material permanente), dificultando o controle interno do HMAR a ser realizado por seus agentes administrativos, **a denunciada Tenente IZABELLA XAVIER FALCÃO BENETTI praticou, por três vezes, o crime previsto no art. 337 do CPM** (tis. 2.792/2.793, volume 12). (Grifo nosso).

Discorrida a narrativa da Peça Acusatória de maneira mais breve e clara possível, como antecipado, passa-se agora ao resumo das conclusões da Sentença, desde logo limitadas àquelas que detêm relevância para o futuro deslinde dos temas abordados nas Razões Recursais dos Apelos movidos. Com esse fim, observa-se que a Sentença foi repartida de forma levemente diferente da ordem em que enumeradas as empresas e delitos praticados nas contratações.

Feito esse destaque, grande parte das conclusões se fundam em meios probatórios comuns. Nesse sentido, procedeu-se em cada caso, examinado consoante a empresa envolvida, com a conferência entre os Relatórios da 7ª ICFEx e o Auto de Constatação, ambos produzidos na fase inquisitorial, e as quantidades supostamente adquiridas pelo nosocômio, números que por sua vez foram retirados das notas fiscais constantes nos autos.

Ainda, observou o Julgador a eventual prova específica de cada contratação, tanto o trazido pela Acusação, quanto o suscitado pelas Defesas em resposta. Na ordem do *Decisum*, iniciou-se pela determinação do ocorrido nas operações em que se envolveu a empresa Diferencial. Logo de início, na Sentença, acataram-se tópicos defensivos referentes à ausência de instrução pericial e, conseqüentemente, da produção de prova que atestasse a efetiva ausência de determinados bens fornecidos pela empresa, a impedir a determinação da presença ou não de eventual delito nos fornecimentos.

Outras entregas, por outro lado, foram igualmente excluídas do maior aprofundamento, porém, sob a constatação de que, ao contrário do destacado na Denúncia, houvera efetivo lançamento no SISCOFIS de seus fornecimentos, bem como decorreram antes do período examinado na investigação (entre novembro e dezembro de 2011). Com isso, limitou-se o exame aos pagamentos feitos a partir das Notas de Empenho de números 2011NE801635 e 2011NE802393, requisitadas, respectivamente, via Partes Requisitórias 212 e 449, e que tiveram como indicativo de cumprimento as Notas Fiscais 969 e 1.180.

Sobre essas Notas, a partir do confronto probatório recém-citado, constatou-se que, por exemplo, de 925 itens comprados pelo HMAR em dezembro de 2011, conforme indicativos constantes na Nota Fiscal 1.180, somente uma unidade foi encontrada na vistoria realizada em abril de 2012, que resultou no Auto de Constatação referido acima. Ou seja, dos 250 discos rígidos comprados, 450 processadores Intel e 225 fontes de alimentação de 1.5 kVA, haveria restado apenas 1 processador Intel no depósito.

Ainda assim, as Defesas buscaram justificar a diferença entre o suposto fornecimento e o de fato existente no Almoxarifado sob a justificativa de que as referidas Notas Fiscais teriam sido canceladas e os valores já pagos, compensados mediante a quitação por parte da Diferencial de outros credores do HMAR.

Não obstante, denota-se que, enquanto haveria sido paga aos particulares a quantia somada de R\$ 157.059,72, os Acusados acostaram somente prova de pagamento que alcançam o total de R\$ 118.505,00, a deixar uma diferença de quase R\$ 40.000,00 não esclarecidos.

Ademais, no ver do Juízo, os espaços de tempo que separam as Notas Fiscais 969 e 1.180 e as supostas compras e serviços compensados no referido crédito tornam esse possível cenário ainda mais questionável. Logo, embora a tentativa de explicação pudesse suavizar o quadro, tem-se que a falsidade inicial da situação não é derrubada, isto é, o falso ateste de recebimento posto nas duas notas fiscais, pois, tenha havido ou não o cancelamento da compra, só se confirma que nunca houve as entregas indicadas.

O ardil empregado e o conseqüente ato de ludibriar a Vítima (o erário) restaram atestados, no que contribuíram os sócios Urionilo de Santana Júnior e Stanley de Oliveira Cipriano, que sabiam não estar a fornecer os produtos que, por sua vez, a Chefe do Almojarifado, Ten Izabella, atestou falsamente ter recebido. Mais que sobrepesou em desfavor da militar a percepção da falta de encaminhamento pelos setores específicos de que houvesse a necessidade dos referidos materiais, fato que torna mais nítidos os contornos da fraude.

Os demais militares, que de forma comissiva ou omissiva aderiram às ações delituosas, seriam o Fiscal Administrativo, Maj Almeida, e o Chefe da Divisão Administrativa, Cel Mário Filho, bem como o Ordenador de Despesas, Cel Figueiredo, visto que com suas ações ou inações permitiram o sucesso dos delitos perpetrados. Suas condutas, entretanto, são individualizadas mais à frente, de modo a manter este resumo em compasso com a linha argumentativa da Sentença.

Retomado o exame, por sua vez, a vantagem indevida, na leitura do *Decisum*, mesmo que se acolhessem as provas defensivas trazidas, restou atestada no pagamento dissociado da contraprestação pela empresa contratada. Obviamente, se houvesse sido demonstrado que o exato valor pago mediante as duas notas de empenho foi empregado pela pessoa jurídica para quitação de débitos do Hospital público, a elementar referente à obtenção ilícita teria sido elidida.

Assim, presente o pagamento de vantagem indevida pela Administração Militar, decorrente de falsidade praticada pelos sócios-administradores da empresa Diferencial Comércio Atacadista Ltda, Urionilo de Santana Júnior e Stanley de Oliveira Cipriano, em conjunto com militares atuantes no HMAR, caracterizou-se o prejuízo em desfavor da referida Vítima (erário), que então pagou por bens fictamente adquiridos, com a consumação do estelionato.

A fechar a análise relacionada à citada pessoa jurídica, absolveu-se o Acusado Ten Cel R/1 Marco Aurélio da Silva Andriani, suposto sócio de fato, uma vez atestado por sua Defesa que os valores por ele recebidos tiveram

como ensejo a venda de um automóvel aos sócios da Diferencial. Em virtude desse esclarecimento, em sede de Alegações Finais, a própria Acusação pugnou pela absolvição do indivíduo.

Na ordem da Sentença, à empresa seguinte, analisaram-se as práticas empreendidas via pessoa jurídica da Ivelco Comércio e Distribuição de Equipamentos LTDA.

Sobre essa empresa, as diferenças entre os supostos fornecimentos e o de fato encontrado no Almoxarifado do nosocômio demonstraram a possibilidade da fraude denunciada. Para tanto, o já citado Auto de Constatação, além do “Relatório de Inventário para Passagem de Cargos e Encargos do Almoxarifado Central”, apontou a referida diferença, bem como o “DIEx nº 344-S2/7ª ICEx” demonstrou “a disparidade entre o consumo histórico dos produtos adquiridos pelo HMAR e a quantidade adquiridas pelas empresas”.

Acresceu-se a isso o fato do lançamento no SISCOFIS não haver ocorrido ao tempo das compras, mas somente de forma tardia, já em março de 2012, após requisição de informações do MPM. Ainda, também não passou despercebida a confissão de um dos Acusados envolvidos no fornecimento pela Ivelco, o civil José Humberto da Silva, que “reconheceu que nem sempre fornecia os produtos para os quais a empresa IVELCO fora contratada”.

Esse último fator foi destacado como indicativo claro das práticas criminosas. Nesse sentido, esclareceu-se que a Ivelco, por meio de José Humberto da Silva e de Keliane Michelle Martins de Araújo, detinha por prática “a emissão de recibos de entrega de material no lugar da regular emissão de Nota Fiscal”, também intitulados de “romaneios”, os quais não encontram relação com os valores e bens apontados nas supostas notas fiscais que justificaram os pagamentos efetuados pelo HMAR à empresa.

Quanto a essa discrepância, tais recibos somam R\$ 58.480,20, enquanto o total pago à Ivelco alcança R\$ 256.340,36. Nem mesmo o somatório do montante reconhecido pela fornecedora nas “cartas de crédito” explica a despesa feita sem contraprestação, pois os dois títulos particulares subscritos por José Humberto da Silva atestam um crédito de somente R\$ 57.408,82. Dessa forma, somados o valor dos produtos indicados nos recibos e o crédito das cartas se chega a tão só R\$ 115.889,02, menos da metade do total acima referido.

Com esse último detalhe, a Sentença concluiu pela demonstração da prática de dois delitos distintos, ambos relacionados à fraude perpetrada no bojo das contratações. No que disse respeito aos produtos fornecidos diversamente do contratado, fato confessado, a prática do delito do art. 96, inciso III, da Lei 8.666/1993, ao ver do Julgador, perfectibilizou-se plenamente em 13 oportunidades distintas, mediante condutas de José Humberto da Silva e de Keliane Michelle Martins de Araújo.

A respeito dos demais valores embolsados pela Ivelco sem qualquer justificativa, seja pelos recibos, seja pelas cartas de crédito, e sobre os quais não houve ateste do fornecimento dos respectivos produtos adquiridos, restou inconteste a prática de estelionato, consumado de forma bastante direta pelos dois civis recém-citados, em somatório de esforços com a Ten Izabella. Sobre essa, como já dito, tanto o requerimento sem necessidade constatada quanto o ficto recebimento foram por ela praticados.

Emitidas quinze notas fiscais “frias”, nas quais falsamente se atestou o recebimento de produtos, em igual quantidade se observou a consumação do tipo penal, nos quais desde logo restaram condenados os três acima nomeados. Ainda, embora sócio, o civil Víctor Emmanuel Boroni dos Santos foi absolvido em virtude da falta de demonstrativos claros e concretos de qualquer conduta dolosa sua, ao revés dos outros dois que assinaram os recibos citados.

A respeito da Companhia seguinte, Sueste Comércio e Serviço Ltda, as provas que fundam a convicção do Julgador se repetem: a divergência entre o material realmente fornecido e aquilo supostamente adquirido, consoante levantado nas auditorias conduzidas pela 7ª ICFEx e observável no Auto de Constatação e no Relatório de Inventário feito na passagem da chefia do almoxarifado; e o disparate das quantidades de produtos comprados em relação ao histórico do real consumo pelo HMAR desses bens, em período imediatamente anterior (dezembro de 2010 a dezembro de 2011).

Diversamente das outras contratações, o *modus operandi* naquelas em que envolvida a Sueste se pautaram ora pelo método padrão, ora por outro ainda mais fraudulento. No que toca ao “método padrão”, observou-se o esquema do HMAR e dos militares envolvidos: a Chefe do Almoxarifado realizava Partes Requisitórias sem prévio pedido do setor responsável, nem mesmo com qualquer indicativo de necessidade dos materiais a serem comprados.

Os demais agentes, que terão as condutas individualizadas adiante, como já dito, então se omitiam ou praticavam ações para que as aquisições fictícias ocorressem e os indevidos pagamentos se perfectibilizassem. Os civis envolvidos, que seriam os sócios Valdilson Lacke de Araújo e Romero Octaviano de Souza Filho, este último na qualidade de sócio “de fato”, por sua vez emitiam Notas Fiscais igualmente fraudulentas e, a partir da simulação de recebimento pela Tenente, vinham a obter a indevida vantagem consistente no pagamento dos empenhos realizados.

Já o meio “ainda mais fraudulento” acima referido ocorreu em parte dos “subelementos” enumerados na Denúncia. Nessas ocorrências singulares, houve então a confecção das Partes Requisitórias pela Ten Izabella sem que houvesse “visto do Fiscal Administrativo e a assinatura do Ordenador de Despesas que autorizaria o início do competente procedimento licitatório”.

Mais que isso, até mesmo as Notas de Empenho foram emitidas sem determinação para tanto e sem estarem assinadas, ou inclusive sem a Parte Requisitória que as justificasse.

Além da grande desconformidade nesse expediente, a indicar o intuito criminoso da Oficial, esse procedimento também resultou na impossibilidade, pelo Juízo, de determinar eventuais responsabilidades dos demais militares, em regra, envolvidos. Sem suas assinaturas, indicativos mais salientes de suas participações ou aquiescência aos delitos perpetrados, inexistiu nesses casos outra prova em que se alicerçassem suas condenações, o que veio a justificar as diferenças no número de condutas criminosas ao fim do *Decisum*.

Isso, ainda assim, não modificou a observação da prática dos estelionatos, senão tornou-os mais nítidos em relação à referida Tenente e aos civis envolvidos, ao passo que a ausência das necessárias assinaturas não impediu o fornecimento fictício (*vide* Notas Fiscais emitidas) e o consequente pagamento. Ou seja, não obstante até mesmo a apontada “inexistência” dos documentos, pois “desprovidos das necessárias assinaturas”, o repasse pela Administração Militar não deixou de ocorrer, nem, por consequência, os estelionatos.

Por fim, quanto à alegação de outros fornecedores pagos pela Sueste a título de crédito que o HMAR possuiria com essa, de modo a tentar elidir a elementar de obtenção da vantagem, a prova defensiva não se mostrou fidedigna, na compreensão do Juízo, ao passo que, por si só, os “recibos” de terceiros já atestariam a subversão do procedimento correto de aquisição. Além desse proceder fora das mínimas balizas legais, não se conseguiu verificar correlação entre esses (R\$ 686.990,53) e os valores pagos pelo HMAR para a Sueste (R\$ 4.265.940,13).

Mesma sorte se aplicou às “cartas de crédito” apresentadas e que somavam R\$ 380.505,20. A despeito da tentativa de uso dessas como indicativo de idoneidade, somente reforçaram a fraude praticada, pois no mínimo atestaram que as contratações eram realmente inverossímeis e serviam unicamente para repasse de valores a entes particulares de forma indevida, em óbvia vantagem para essas, visto que o fornecimento de produtos continuaria a ser inverídico, diversamente do atestado nas Notas Fiscais.

Não suficiente a constatação dos estelionatos, as investigações ainda delinearão a prática de corrupção ativa e passiva por parte dos envolvidos, respectivamente o sócio Valdilson Lacke de Araújo e a Ten Izabella, com o que concordou o Juízo. Quanto a esses delitos, determinou-se que transferências e depósitos feitos em favor da referida militar por parte da empresa Sueste, por meio da pessoa do citado sócio, configuraram entrega de vantagem indevida pelo particular (corrupção ativa) ao servidor público que a recebeu (passiva),

tudo para que esse praticasse ato do seu ofício em infringência à norma, o que veio a se consumir (recebimento fictos).

Restou descartado o enquadramento do estelionato nas cinco oportunidades em que ocorridos os simultâneos pagamentos pelo particular à militar, bem como eventual concurso material, em razão da óbvia ocorrência dos delitos de corrupção, e não somente de esquema ardiloso para manutenção da Administração em erro. Quanto aos demais 35 casos de fornecimento fraudulento, manteve-se a consumação do delito previsto no art. 251 do CPM.

Por fim, o alegado sócio “de fato” da Sueste, Romero Octaviano de Souza Filho, foi absolvido, em virtude da insuficiência do caderno probatório para se alcançar um juízo de certeza. Em que pese houvesse recebido valores da empresa logo após o pagamento pelo HMAR, destacou-se que o Acusado trabalha como representante comercial e que, na falta de prova em contrário ou de prova que o envolvesse diretamente, seria plausível que tenha recebido tão somente como contraprestação de serviço que desempenhou em favor da Sueste, sem que tivesse ciência do esquema criminoso.

Sublinhou-se que o Acusado José Humberto da Silva, em relação à Ivelco, detinha idêntica função, isto é, agia como representante comercial perante órgãos públicos contratantes. Entretanto, a condenação fundou-se na nítida prova que demonstrou sua consciência e colaboração dolosas para a ocorrência dos estelionatos praticados, bem como a prática pessoal dele no fornecimento fraudulento de determinados produtos por outros, o que acarretou sua condenação em conjunto com Keliene Michelle Martins de Araújo por incurso no art. 96, III, da Lei 8.666/1993.

A respeito da quarta e última empresa, analisaram-se as ações praticadas no bojo das contratações feitas com a empresa Unifarma Medicamentos Ltda. Além dos militares multicitados, envolvidos os civis Andréia Carla Martins Cavalcanti, sócia-proprietária, e Flávio Francisco da Silva, funcionário da empresa, além do sócio de fato, ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, esposo da sócia-proprietária.

Acerca das provas, o quadro é idêntico aos anteriores quando observados os supostos fornecimentos em contraste com as inferências retiráveis do Auto de Constatação, do Relatório de Inventário e do DiEx 344-S2/7ª ICFeX, referente ao consumo histórico da Unidade. Mais que isso, como envolveu única e especificamente o fornecimento de medicamentos, destacou-se que as Partes Requisitórias que culminaram nas compras com a Unifarma, além das discrepâncias em quantidade, singularizaram-se pelo fato de não haver sido respeitada a atribuição do Chefe da Farmácia em realizar tais pedidos, nem da Comissão formada para o recebimento.

A ausência de inclusão em momento oportuno no SISCOFIS de grande parte dos produtos adquiridos também dá a tônica da fraude ocorrida, visto

que foram alvo de lançamento no Sistema por meio de Boletim Administrativo não só tardio, mas também confeccionado após ciência dos envolvidos das investigações já em curso àquele tempo. Ainda, como nos casos anteriores, houve a emissão de inverídicas “cartas de crédito”, as quais não somente demonstrariam, no ver do Juízo, a fraude praticada, mas a obtenção da vantagem, já que não há notícia da satisfação de tais créditos pelo particular para com o HMAR.

O casal formado pela civil e pelo ex-militar restou diretamente implicado, ao passo que aquela, além de sócia formal, exercia de fato poderes sobre os procedimentos de venda da companhia, a justificar sua ciência sobre o vasto esquema criminoso desenvolvido. Já o marido confessou sua participação quando admitiu em interrogatório haver emitido “notas fiscais dissonantes do que efetivamente entregou ao HMAR”, bem como permitiu inferir-se seu conhecimento acerca dos procedimentos fraudulentos, ao participar de sociedade civil na qual, por ser militar da ativa quando da abertura, sabidamente não poderia exercer qualquer cargo ou função.

Já Flávio Francisco da Silva, em que pese não constatado seu envolvimento direto com a emissão das notas fiscais e/ou outra forma de fornecimento alterado, como na situação de José Humberto da Silva da Empresa Ivelco, terminou por se imiscuir na ilicitude dos demais quando assentiu com a emissão das malfadadas “cartas de crédito”. Discordante da leitura defensiva e do próprio *Parquet*, o Julgador de piso rejeitou a possibilidade de aplicação da excludente de culpabilidade por obediência hierárquica, sob alegação de que somente obedecera a ordens dos referidos sócios, tanto pelo não enquadramento da hipótese na figura jurídica, quanto porque se atestou que o Réu sabia da fraude que era perpetrada via aqueles títulos de dívida.

Com isso, afirmou-se a ocorrência de 40 condutas individualizáveis de estelionato imputáveis aos três Acusados retrocitados.

Determinadas as ocorrências no entorno das sociedades privadas, que obtiveram vantagem indevida mediante ardil contra a Administração Militar (estelionato), ou fraudaram procedimento licitatório para entregar produto diverso do contratado (art. 96, III, Lei 8.666/1993), ou mesmo incursionaram na prática de ações voltadas à entrega de benefícios financeiros indevidos a servidor público (corrupção ativa), passou a Sentença a examinar, individualmente, a prática pelos militares lotados no HMAR ao tempo dos fatos.

Iniciada esta parte pela mais notória participante, a 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza, desde logo se estabeleceu a coautoria dela para todos os estelionatos acima delineados, a alcançar o total de 92 incursos individualizáveis, todos em continuidade delitiva. A corrupção passiva, por sua vez, já em grande parte antecipada acima, foi constatada particularmente nas

aquisições fraudulentas da empresa Sueste, quando então a militar recebeu, em cinco oportunidades distintas, vantagens monetárias indevidas para agir contrariamente à norma legal.

Diversamente do sustentado pela Defesa, não se percebeu eventual obediência hierárquica em quaisquer das condutas da Ré, inclusive porque quase todas elas envolveram a consciente ação da Acusada em usurpar atribuições de outros órgãos do HMAR (como no caso de requisição de medicamentos), ou a formulação de Partes Requisitórias sem observância, fosse de prévio requerimento, fosse do mínimo de adequação das quantidades pedidas e a real necessidade do nosocômio. Ademais, sobrepesaram em seu desfavor os momentos em que chegou a formular Partes Requisitórias e até mesmo Notas de Empenho sem as assinaturas ou os vistos necessários, tanto do Ordenador de Despesas quanto do Fiscal Administrativo.

Negativas de autoria, principalmente quanto aos pedidos de medicamentos, também não encontraram eco na prova dos autos, visto que a prova testemunhal foi harmônica em apontar a ausência de interação dos demais órgãos do HMAR com as Partes feitas pela Tenente, ou sequer ciência do que ocorria. Quanto aos ganhos ilícitos, não se produziu justificativa válida que, por qualquer ângulo, esclarecesse a visível correlação entre as más condutas da militar no seu ofício e o pagamento sem explicação por empresa beneficiária do esquema fraudulento.

Por fim, a prática do delito previsto no art. 337 do CPM (subtração ou inutilização de livro) se atestou pelo relatado no Relatório de Inventário confeccionado quando da passagem da chefia do Almojarifado, em que se mencionou a ausência de documentação de entrada e saída daquele setor e que estavam na posse da militar. Mais que isso, a própria, em Parte encaminhada ao Fiscal Administrativo na data de 23.4.2012, afirmou estar “com vários documentos não considerados pelo seu sucessor”.

Com isso, justificaram-se o enquadramento e a consumação do delito porque, além da formalidade referente à posse da documentação ser da Administração Militar, vislumbra-se com nitidez o caráter atentatório dessa subtração/destruição, pois visou dificultar a elucidação de condutas anteriores que geraram prejuízo à mesma Administração, *vide* os delitos supramencionados. Com esse último, definiram-se todas as condutas imputadas à Tenente.

Ao militar seguinte, examinou-se a ação do Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho, Chefe da Divisão Administrativa na época. Concluiu-se na Sentença que, apesar da não caracterização de ações positivas, isto é, condutas comissivas voltadas às fraudes ocorridas, restou inegável a sua acintosa omissão. Quanto a isso, apurou-se que, em face do conjunto de atribuições que detinha em virtude da sua função, somado do extenso e nítido estratagema criminoso que se iniciava sempre a partir das Partes Requisitórias de unidade que tinha as

atividades por ele vistoriadas, impossível que nunca houvesse sequer percebido o que ocorria:

**A postura alheia ao que acontecia no Almojarifado**, desenhada pelo Cel Mário Filho, **é de tal porte que**, como dito, **ultrapassa a esfera da negligência**, principalmente porque não se tratava de um oficial temporário, mas, sim, de um Coronel, cujo **grau de responsabilidade e experiência lhe permitem um desempenho mais comprometido**.

Então, supor que o Chefe de Divisão Administrativa **nunca tenha tido a curiosidade de questionar o recebimento de medicamentos no Almojarifado**, quando se sabia que havia a Farmácia como local destinado a tal armazenamento, **ou que nunca tenha conferido, ainda que por amostragem, algumas das Notas Fiscais** que ingressavam no HMAR, **é, no mínimo, estranho**. (Grifo nosso).

Ademais, esse extrapolar da mera culpa em sentido estrito (aquela originada de negligência, imperícia ou imprudência) para um verdadeiro dolo omissivo também se constata na severa inação do Oficial para com a falta de lançamento dos bens adquiridos pela Chefe do Almojarifado no SISCOFIS. Como asseverou o Juízo, ficou “evidente o total descaso do ora acusado para com as suas atribuições, [...], quando se considera a disparidade [...] entre o que existia no SISCOFIS e o que havia nas Notas Fiscais questionadas”.

Com isso, conclui a Sentença que “o fornecimento fictício dos produtos só seria possível se houvesse determinação de superiores hierárquicos ou envolvimento dos militares da administração”, pelo que então restou o militar condenado no delito de estelionato, por 113 vezes, em continuidade delitiva.

Em seguimento à ordem estabelecida no *Decisum*, o próximo condenado foi o Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga. Atuante como Fiscal Administrativo ao tempo dos delitos, repetiu-se com ele o quadro do Cel Mário Filho, ou seja, um Oficial Superior que, a despeito das atribuições que detinha em fiscalizar os procedimentos adotados, agiu com tamanha desconsideração que o enquadramento como simples culpa não faz jus à realidade exposta pelas provas.

Especificamente sobre o referido Oficial, sublinhou-se que suas responsabilidades como Fiscal Administrativo se mostravam, em certa medida, redundantes com aqueles do Chefe de Divisão Administrativa, fato que, ao invés de reduzir sua responsabilidade, só acentua a percepção de que todos os apontados estavam em conluio consciente. Circunstância que era cara à sua função dizia respeito à administração patrimonial, que, por sua vez, foi nitidamente desprezada face ao total descaso com o lançamento dos produtos no SISCOFIS.

Ainda, mesmo que não lhe recaísse obrigação de evitar ou de punir as irregularidades que ocorriam, em virtude da extensão, tanto pela quantidade de vezes que ocorriam, quanto pelo alongar no tempo, por certo, se estivesse

de boa-fé, haveria percebido e então teria relatado ao Ordenador de Despesas. Entretanto, em todas as compras, sempre feitas em quantidades absurdas, às vezes até mesmo sem as assinaturas necessárias na documentação, o referido Fiscal nunca apontou qualquer defeito.

Somou o Juízo, ao todo já destacado, que eventuais orientações do Oficial, dadas aos fornecedores do HMAR, para que se processe ao cambiamento do valor dos produtos fictamente comprados por créditos do nosocômio com as empresas, não são fatos que surtem efeito em amenizar ou afastar sua culpa. Ao revés, tal procedimento, tão contrário ao mínimo de legalidade a ser mantido em contratações com a Administração Pública e para com as verbas públicas, somente fortalece a certeza da má-fé do militar. A Sentença recorrida assentou:

Não se pode negar a atividade de orientação e até de supervisão do Ten Cel LUIZ ALBERTO ALMEIDA. **No entanto, o desempenho é que foi ilegal, já que as orientações dadas, quanto à troca dos produtos adquiridos por outros ou pelo pagamento de dívidas do Hospital com terceiros fornecedores passa ao largo de qualquer previsão legal.**

De fato, não tinha como a lei prever um ateste ficto de recebimento de mercadorias listadas em Nota Fiscal, com o consequente pagamento, vinculado ao “compromisso” do fornecedor em “retornar” o valor pago por vias diversas. (Grifo nosso).

Ainda nesse ponto, essas “orientações” também não se confundem com a vulgarmente nomeada “química” ou “química do bem”, a qual consiste no emprego de certo objeto licitatório para aquisição de outro, mas com observância da efetiva aquisição e pelo preço de mercado daquilo realmente comprado. No caso dos autos o que se observou foi o simples e puro não fornecimento dos objetos supostamente licitados, ou, no máximo, a alegada entrega de outros em seu lugar ou a substituição por “créditos”, os quais, porém, em nenhuma situação alcançaram a mesma monta que os valores dispendidos pelo HMAR em favor dos particulares:

O que se apura nos presentes autos vai além de uma prática que era utilizada em algumas Organizações Militares, conhecida por “química”, que apesar de não ser a mais apropriada, deveria ser analisada por outro prisma, verificando inicialmente se causou prejuízo à Administração Militar e se houve ofensa à lei de licitação.

**A utilização de um recurso de natureza distinta no lugar de outro é totalmente diferente de se adquirir uma quantidade maior de produtos, os quais jamais existiram, para utilizar o excedente como disponibilidade financeira.**

O procedimento, diverso daquele conhecido por “química”, é, por si só, danoso, diante da insegurança causada acerca do regular emprego das quantias recebidas. Afinal, fica difícil, senão impossível, saber o destino daquela quantia recebida pelo servidor público.

Todavia, como estas, outras despesas, caso tenham sido realizadas, o foram de forma ilícita, **não foi possível às Defesas demonstrarem em que, especificamente, consistiram tais “serviços” ou “aquisições”** supostamente engendrados por aquele sistema fraudulento de se angariar recursos, **já que o que foi trazido aos autos, conforme exaustivamente demonstrado, não foi hábil a comprovar de modo contundente o “retorno” da totalidade dos recursos ao HMAR.** (Grifo nosso).

Dessa forma, expôs o Juízo compreensão por estar “plenamente demonstrada a atuação consciente e voluntária do Ten Cel Almeida Braga em se omitir no seu mister de fiscalizar os processos de aquisição de materiais”, ao que terminou ele por contribuir “para que os falsos atestes seguissem seu curso, possibilitando o indevido pagamento, autorizado pelo acusado Cel NEWTON FIGUEIREDO”. Assim, restou condenado como incurso em estelionato por 113 vezes, em continuidade delitiva.

Ao último militar condenado, o Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa, Diretor do HMAR e Ordenador de Despesas titular, teve a convicção de sua responsabilidade estabelecida em bases teóricas bastante similares às dos dois anteriores. Ainda assim, distinguiu-se o Oficial pelo especial desprezo para com suas atribuições, máximas naquela Organização Militar, ao passo que quase a totalidade das solicitações e conseqüente aval para pagamento passaram por ele, ressalvadas aquelas ocorridas em suas substituições. Tamanho desdém mereceu destaque no *Decisum*:

**O Diretor do HMAR não é figura decorativa**, alheia ao que acontece na Unidade que administra. **Como Ordenador de Despesas, tem o dever de saber a origem dos pagamentos que autoriza.**

Assim, ao assinar as Partes Requisitórias, **não é crível que o Cel NEWTON FIGUEIREDO estivesse com alguma espécie de venda nos olhos que o impedisse de ler o que estava logo acima**, não só **quanto à subscritora que se repetia em todas aquelas Partes**, que versavam sobre os mais diversos produtos, **mas, também, os respectivos objetos e valores.** (Grifo nosso).

Sublinhou-se que, até mesmo nas compras em que as Notas de Empenho foram confeccionadas sem a assinatura dele, Ordenador de Despesas, o referido Oficial posteriormente não deixou de autorizar o pagamento das Notas Fiscais fraudulentas entregues como comprovantes da entrega ficta. Ou seja, “ainda que referentes àqueles documentos inexistentes [as Notas de Empenho sem sua assinatura]”, o militar estranhamente nada teria percebido de errado nas compras decorrentes.

Além disso, asseverou o Juízo que o argumento defensivo de desconhecimento pelo Réu acerca do que ocorria, ou sequer de desconfiança, não se sustenta em face dos avisos que recebeu. Em sintonia com o explicitado na Denúncia, os Relatórios que a 7ª ICFEx produzira ao tempo dos fatos, nos

quais expôs contundentemente “as divergências entre o SISCOFIS e a realidade do estoque físico do HMAR”, demonstrariam que o Acusado, mesmo que não quisesse, era sabedor das inconformidades que afetavam a Organização Militar que dirigia.

Ainda, a respeito do conluio dos indivíduos no âmbito do HMAR, consideraram-se relevantes os atos administrativos que confeccionou para, segundo a Sentença, dar “prosseguimento à encenação da suposta devolução” à Unifarma de medicamento, os quais, na verdade, nunca foram realmente adquiridos. Ademais, não se provou que a Unidade, principalmente a farmácia do nosocômio, não detivesse capacidade logística para o suposto recebimento, com destaque para o estranho fato de o Chefe daquele setor (farmácia), bem como a Comissão de recebimento dos produtos não haverem participado dos procedimentos.

A partir desse somatório de fatores, foi reconhecida a participação do militar em 94 oportunidades distintas, em algumas ao emitir Notas de Empenho, enquanto em outras autorizou o pagamento indevido. Com isso, restou condenado em idêntico número de práticas do delito de estelionato, todas em continuidade delitiva.

Quanto aos demais militares que trabalhavam no HMAR e foram originalmente denunciados, o Cel Antônio Sérgio de Andrade, embora tenha atuado como Ordenador de Despesas em certas ocasiões como substituto do Cel Figueiredo, concluiu-se que o caráter de sua ação nessa condição tornava impossível exigir que “tivesse conhecimento pleno de todo o acerto que havia”. Suas ações foram então compreendidas como “autônoma[s] e isolada[s] daquelas perpetradas pelo demais oficiais, tendo em vista a ausência de qualquer prova que demonstre seu vínculo subjetivo”.

A seguir, sobre o Cel R/1 Washington Luiz Lima Teixeira, que assumiu a função de Ordenador de Despesas após o interregno do Cel Figueiredo, a despeito da sua assinatura do Boletim Interno de 23.2.2012, constatou-se uma “dificuldade da caracterização da finalidade aventada pelo MPM, para a suposta falsidade ideológica perpetrada pelo ora acusado”. No ver do Juízo sentenciante, seria “pouco provável que, ao ingressar no HMAR,” tivesse “conhecimento de toda a empreitada criminoso que se desenvolvia ali e, de imediato,” aderisse ao esquema.

Por fim, a respeito do Maj R/1 Alexandre Graciano da Silva, dado o fato de suas atribuições serem de caráter primordialmente executório do pagamento, sem envolvimento nas etapas de definição dos bens a serem comprados e, portanto, com os demais envolvidos (Ordenador de Despesas, Fiscal Administrativo, Chefe do Almoxarifado), estabeleceu-se na Sentença que o quadro probatório não seria suficiente. Diferentemente dos demais, a ele não

recaíam obrigações de ordem eminentemente fiscalizatória, a justificar um raciocínio diferente do aplicado aos outros Oficiais:

Perceba-se que, apesar do raciocínio aqui aplicado ser semelhante àquele utilizado para o Ten Cel MÁRIO FILHO, as condutas de ambos os oficiais se distanciam quando se constata que as omissões funcionais deste último faziam parte das atribuições do seu cargo de Chefe da Divisão Administrativa, responsável pela correta inclusão dos produtos adquiridos pelo HMAR, no SISCOFIS. Diferentemente, como já dito, não fazia parte das atribuições do Chefe da SALC verificar a correspondência do que estava sendo adquirido com as reais necessidades dos diversos setores do HMAR [...].

A partir dessa leitura, restou ele também absolvido, forte no princípio da presunção de inocência, em razão da ausência de provas.

Feita essa última descrição, o resultado condenatório se concretizou nos seguintes termos: **1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior** e **1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano**, ambos pela prática de *estelionato*, em 2 ocasiões, em continuidade delitiva. Aumentadas as penas na primeira fase para 2 anos e 3 meses, mantidas na segunda e na terceira, salvo pela aplicação do incremento de 1/6 na forma do art. 71 do CP, a resultar na pena final de **2 anos, 7 meses e 15 dias** de reclusão, em regime inicialmente aberto.

Civis **José Humberto da Silva** e **Keliane Michelle Martins de Araújo**, ambos pela prática de *estelionato*, em 15 ocasiões, e pela *infração prevista no art. 96, III, da Lei 8.666/1993*, em 13 oportunidades, delitos todos considerados em continuidade. Ambas as penas-bases foram mantidas no mínimo legal em todas as fases da dosimetria, a influir somente o incremento da fração de 1/2, consoante art. 71 do CP, o que elevou, respectivamente, a pena dos estelionatos para 3 anos de reclusão e aquelas da Lei de Licitações a 4 anos e 6 meses de detenção.

Sobre essas duas se aplicou a forma de cômputo do concurso material, na forma prevista no art. 79 do CPM, de forma que, por serem de espécies distintas (reclusão e detenção), aquela de reclusão foi compreendida como a mais grave, de modo que o equivalente à metade da outra (2 anos e 3 meses) foi incrementado à primeira. Alcançou-se assim o resultado de **5 anos e 3 meses** de reclusão para cada um dos Réus, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto.

Civil **Valdilson Lacke de Araújo**, pela prática de *estelionato*, em 35 ocasiões, e de *corrupção ativa*, em 5 oportunidades, delitos todos considerados em continuidade. Na primeira fase, elevou-se a pena do estelionato para 2 anos e 6 meses, a qual se manteve até a aplicação da exasperação em 1/2 pela continuidade, pelo que alcançou 3 anos e 9 meses de reclusão. Acerca daquela pela corrupção, foi a pena mantida no mínimo (1 ano) nas duas primeiras fases,

porém foi majorada em 1/3, em razão da causa de aumento do parágrafo único do art. 309, e em 1/4 pela continuidade.

Com isso, chegou-se a 1 ano e 8 meses de reclusão. Ao final, por força do concurso material estabelecido entre o estelionato e a corrupção ativa, por serem de idêntica espécie (reclusão) foram as penas somadas, de modo que o valor final de encarceramento, de forma unificada, restou fixado em **5 anos e 5 meses** de reclusão, a serem cumpridos, inicialmente, em regime semiaberto.

**Ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho**, pela prática de *estelionato*, em 40 ocasiões, em continuidade delitiva. Aumentou-se a pena na primeira fase para 2 anos e 6 meses, que foi também incrementada na segunda fase, por força da agravante especial do § 3º do art. 251, a elevar em 1/3 para exatos 3 anos. Ao fim, aplicou-se a causa de aumento pela continuidade na fração máxima de 2/3, a resultar na pena final de **5 anos** de reclusão. Regime de cumprimento inicial estabelecido como semiaberto.

Civis **Andréia Carla Martins Cavalcanti** e **Flávio Francisco da Silva**, pela prática de *estelionato*, em 40 ocasiões, em continuidade delitiva. Aumentou-se na primeira fase a pena de ambos para 2 anos e 3 meses, *quantum* mantido intacto nas duas fases seguintes, salvo pela incidência da causa de aumento do art. 71 do CPM, na fração de 2/3, fator que terminou por elevar as sanções ao valor final de **3 anos e 9 meses** de reclusão, com fixação do regime inicial aberto.

**1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza**, pela prática de *estelionato*, em 92 ocasiões; de *corrupção passiva*, em 5 oportunidades; e do crime previsto no art. 337 do CPM, em uma só vez. Na primeira fase, elevou-se a pena do estelionato para 2 anos e 6 meses, enquanto, na fase seguinte, foi incrementada em 2/5, por força das agravantes previstas no art. 251, § 3º, e no art. 70, II, alínea "I", ambos do CPM, o que a trouxe para 3 anos e 6 meses. Na última fase, por força da continuidade delitiva, aplicada a exasperação na fração de 2/3, chegou-se à pena final de 5 anos e 10 meses de reclusão.

Acerca da pena por corrupção, ela foi mantida no mínimo (2 anos) nas duas primeiras fases, porém foi majorada em 1/3 em razão da causa de aumento do § 1º do art. 308 e em 1/4 pela continuidade, a torná-la definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão. Sobre a pena do delito de subtração ou inutilização de livro, passou ela incólume pela dosimetria, de modo que restou inalterado do mínimo legal (2 anos). Fixadas as três, aplicou-se a regra do art. 79 de cúmulo material, porque todas são de reclusão, foram somadas em **11 anos e 2 meses** de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado.

**Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho** e **Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga**, pela prática de *estelionato*, em 113 ocasiões, todas

em continuidade. Na primeira fase, elevaram-se as penas de ambos para 3 anos, enquanto na fase seguinte foram incrementadas em 2/5, por força das agravantes previstas no art. 251, § 3º, e no art. 70, II, alínea "I", ambos do CPM, o que as trouxe para 4 anos, 2 meses e 12 dias. Na última fase, em razão da continuidade delitiva, aplicada a exasperação na fração de 2/3, chegou-se às penas finais idênticas de **7 anos** de reclusão, a serem cumpridas em regime inicial semiaberto.

Por último, **Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa**, pela prática de *estelionato*, em 94 ocasiões, em continuidade delitiva. Como os dois Oficiais anteriores, sua pena foi elevada para 3 anos na primeira fase e, na segunda, sofreu a incidência das agravantes do art. 251, § 3º, e do art. 70, II, "I", ambos do CPM, porém com a consideração da fração de aumento em 3/5. Com isso, sua pena subiu para 4 anos, 9 meses e 18 dias, o que somente foi alterado pela aplicação da causa de aumento do art. 71 do CP, no patamar de 2/3, razão pela qual se fixou o valor final em **8 anos** de reclusão, em regime inicialmente semiaberto.

Descortinadas todas as condenações, concatena-se nesta parte final do resumo da Sentença que os demais indivíduos citados, como antecipado, restaram absolvidos, os quais se nomeiam com o fim de evitar qualquer dúvida. São eles: Ten Cel R/1 Marco Aurélio da Silva Andriani, civil Víctor Emanuel Boroni dos Santos, civil Romero Octaviano de Souza Filho, Maj R/1 Alexandre Graciano da Silva, Cel R/1 Antônio Sérgio de Andrade e Cel R/1 Washington Luiz Lima Teixeira.

Como posto no preâmbulo desta parte de mérito do Voto, passa-se agora à análise dos Apelos movidos e às teses neles veiculadas, desde logo confrontadas com as conclusões alcançáveis a partir dos autos, auxiliado pelo todo acima discorrido, de modo a evitar maiores aprofundamentos quanto ao inicialmente exposto contra os Réus (Denúncia) e aquilo que se determinou ao fim (Sentença).

Procede-se, então, na respectiva ordem em que acostadas as Razões do primeiro evento dos autos nesta Instância, pelo que se analisa o Recurso movido individualmente pelo **Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga**.

Sucintamente levanta as seguintes teses: inoportunidade da obtenção de vantagem ilícita, seja para si, seja para outrem, tampouco provocou que a Administração Militar, a vítima, fosse induzida em erro. Mais que isso, suas eventuais condutas, omissivas, teriam sido praticadas por culpa em sentido estrito, originada de negligência do militar, isto é, nunca houve dolo seu, em agir ou deixar de agir, para a ocorrência dos crimes a ele imputados.

Ainda, a abordar especificamente o caderno probatório, compreende que a prova testemunhal, tanto acusatória, quanto defensiva, apontaria que o Fiscal Administrativo, função desempenhada pelo Apelante, não participava da

fase de recebimento dos produtos, logo, distante das fraudes perpetradas pelos demais. Noutra polo, a perícia contábil efetuada em agosto de 2012, por sua extemporaneidade aos fatos e vagueza, não demonstra, nem permite deduzir que alguma irregularidade haja ocorrido ou sido praticada.

Por fim, a falta de indicativo de qualquer vantagem obtida pelo Réu, constatável pelas informações obtidas por meio das quebras de seus sigilos bancário e fiscal, bem como as demais lacunas probantes na suposição criada pelo *Parquet*, deixariam claro que o Oficial não foi responsável por quaisquer dos eventuais pagamentos indevidos feitos às empresas beneficiadas. Assim, a sua absolvição se imporia em face da falta de provas. Subsidiariamente, caso mantida a condenação, requereu a redução da pena-base ao patamar mínimo de 2 anos de reclusão, com o conseqüente redimensionamento da sanção final imposta.

Descortinada as alegações do Recorrente, passa-se à efetiva verificação se o que se expôs confere, de fato, com a realidade processual.

Na linha em que expostas as argumentações defensivas, denota-se, desde logo, que a prova é totalmente contrária ao afirmado: demonstrou-se a obtenção da vantagem indevida e de quem dela se beneficiou, bem como em que consistiu o ardil. Como revelaram as apurações, o contraste entre as quantidades existentes de fato no Almoarifado do HMAR e os acintosos volumes de bens supostamente adquiridos, aliado à inexplicável revelia dos militares em lançarem esses bens no SISCOFIS, não permitem outra dedução que não seja o caráter fictício das aquisições realizadas.

Nessa esteira, ao se perceber que compras inexistentes eram tratadas como reais, tanto pelos particulares que as “vendiam”, quanto pelos militares que “conferiam” esses recebimentos, e que por isso o erário honrou tais fraudes, flagrantes estão o ardil empregado (ficto fornecimento de produtos), a vantagem indevidamente obtida (pagamentos às empresas por bens nunca fornecidos) e o prejuízo vivenciado pela Vítima (desembolso com coisas nunca compradas), representada na Administração Militar. Logo, consumado está o delito de *estelionato*.

Em continuidade a esse rebate, a responsabilidade do Apelante para a consumação em questão, diversamente do por ele compreendido e defendido, não se fundou em eventual culpa em sentido estrito, originada de negligência, mas sim de dolo, consciente e voluntário. Cabe esclarecer que o ânimo, a vontade que impele o indivíduo, não se confunde com a maneira que ele, agente, interage no fato supostamente criminoso, se é por uma ação positiva (comissiva) ou negativa (omissão).

Em outras palavras, atuar com vontade e consciência para o sucesso de um crime não necessariamente depende de que a pessoa sempre o faça via

comissão, por meio de um movimento físico que auxilie ou cause a consumação do delito.

Observa-se em cenários assim que, não obstante o tipo penal de regra espere uma comissão para sua prática, é plausível a sua prática de forma dolosa via inações conscientes e voluntárias do indivíduo, que devia e podia evitar que se consumasse o fato delituoso. É nessa situação que o referido Oficial, bem como outros dos condenados, inseriu-se na cadeia do *iter criminis* dos estelionatos perpetrados e, por suas ações e omissões, auxiliaram de forma fundamental no posterior sucesso da dilapidação do dinheiro público.

Quanto a isso, a Sentença foi extremamente clara ao cotejar os fatos apurados em face das atribuições do Acusado (art. 31 do Regulamento de Administração do Exército) e, vislumbrado o que sobressaiu dessa comparação, determinar que tamanha falta de zelo do então Fiscal Administrativo não foi mera negligência. Seria demasiada coincidência o militar haver falhado categoricamente na vistoria de mais de uma centena de Partes Requisitórias, todas assinadas pela mesma encaminhadora, várias com defeito de origem (compra de medicamentos sem pedido da Farmácia), quase sempre com quantitativos irreais, e nunca ter desconfiado a ponto de relatar formalmente a possibilidade de algo errado.

Seu senso crítico falhou também depois de concretizadas as compras e feitos os recebimentos fraudulentos, pois a partir desse momento nunca questionou a discrepância entre os milhares de produtos adquiridos e a não efetuação do devido registro dessas entradas no SISCOFIS. Veja-se que sua omissão persistiu até mesmo após ele e os outros envolvidos serem alertados dessas divergências pelas Auditorias feitas pela 7ª ICFeX.

Somente ao se interpretar a inação do Apelante como uma conduta consciente e voluntária, dolosamente voltada ao sucesso dos crimes praticados, é que a equação dos fatos se adéqua a uma realidade aceitável. É disso que então nasce o vislumbre de uma omissão dolosa, e não de mera omissão culposa: o Oficial, sabedor que devia (por obrigação legal) agir para evitar o que ocorria e que o podia fazer, optou por se aliar aos demais envolvidos e permitir que os estelionatos se consumassem.

A contundência que o caderno probatório traz em nada é elidida pelas supostas provas em contrário ou pela insuficiência de outras, apontadas pela Defesa. Sobre essas, seja o dito pelas Testemunhas, seja a perícia contábil, primeiro se percebe que as teses defensivas têm em comum o fato de não confrontarem justamente aquilo que, citado na Sentença, dá alicerce à certeza de que o Acusado é responsável. Isto é, evitou-se no Recurso fazer frente ao incontestável e se tentou construir outro cenário, o qual, porém, não é condizente com a verdade.

Segundo, mesmo que se preste deferência às alegações, sobre a prova testemunhal, ela no máximo retiraria a responsabilidade do Fiscal Administrativo nas fases de recebimento dos materiais e no momento do pagamento. Não obstante as Testemunhas estejam certas no que informaram, é nítido que o Réu ajudou na empreitada delituosa dentro do escopo de suas prerrogativas e obrigações, as quais eram tão relevantes quanto as outras (receber e pagar) e que, ao delas se omitir em bem prestar, foi imprescindível para a consumação dos estelionatos.

A título exemplificativo, houvesse o Tenente-Coronel, então Major, a qualquer instante relatado a superior hierárquico ou aos órgãos legais (Ministério Público, por exemplo) o extremo e sensível descontrole patrimonial que ocorria no HMAR, com óbvias implicações para o patrimônio público, os crimes ocorridos, por certo, não haveriam se consumado, ou ao menos não na extensão que se observa hoje. Isto é, ainda que o Apelante tente se apequenar a ponto de fazer crer que o Fiscal Administrativo é uma figura irrelevante, a lei e a realidade dizem o contrário.

Como reforço argumentativo, sintonizado com o recém posto, cabe transcrever leitura aproximada feita pelo Juízo *a quo* na Sentença:

Nesta ordem de ideias, pode-se afirmar a existência do nexó direto entre as irregularidades verificadas na alimentação do SISCOFIS e a omissão do Ten Cel LUIZ ALBERTO ALMEIDA, a qual não encontra escusa nas falhas dos seus antecessores na realização daquele mister. Tal raciocínio se sustenta quando se analisa o item 6 daquele Regulamento, que não exige que o Fiscal solucione todas as irregularidades, mas, sim, que as comunique ao Agente Diretor.

Neste cenário, **a atuação do Fiscal Administrativo é imperiosa, uma vez que lhe cabe zelar pela lisura da gestão administrativa**, sendo pessoa de confiança do Ordenador de Despesas, em virtude da evidente impossibilidade de este último verificar pessoalmente todos os fatos administrativos da Unidade Militar. **Assim, na condição de Fiscal Administrativo, o ora acusado era diretamente responsável pela inclusão dos materiais que aportavam ao HMAR.**

[...].

Enquanto Fiscal Administrativo, **ao se deparar com as supostas falhas na inclusão dos materiais no SISCOFIS, ao acusado era possível decidir por um dos seguintes caminhos**: agir como o Cap TIAGO PEDREIRO e **comunicar às autoridades responsáveis** o que estava verificando **ou anuir à “rotina” encontrada**, assumindo a responsabilidade pelas consequências da escolha feita.

**Como se percebe nos presentes autos, o Ten Cel ALMEIDA BRAGA trilhou o caminho desenhado pelo Cel NEWTON FIGUEIREDO, passando a integrar o esquema criminoso de aquisições fictícias, por meio da conveniente omissão dolosa no que se refere à alimentação do SISCOFIS.** (Grifo nosso).

Já sobre o Laudo Pericial, questionar sua exatidão em aferir o quanto foi o HMAR prejudicado pelos delitos ocorridos não elide a constatação dos crimes. Mesmo que a referida perícia tenha uma zona de confiança que possa variar, por exemplo, em 25% para mais ou para menos, a presença da vantagem indevida e do prejuízo ainda existirá, pois restou provado que os produtos supostamente adquiridos nunca realmente o foram ou, no máximo, receberam-se outros, de menor valia, em seu lugar.

De forma simples, então, constata-se que, tenha a fraude dilapidado os mais de 4 milhões de reais, ou 1 milhão a menos que isso, nada disso evita, derruba ou sequer explica as Partes Requisitórias forjadas, avalizadas pelo ora Recorrente, nem os fornecimentos fictícios, recebidos por Notas Fiscais “frias”, de produtos cujo lançamento no SISCOFIS o Acusado nunca se interessou em conferir. O ardil, a vantagem e o prejuízo, elementares do crime em questão, persistem e, por consequência, a consumação do delito também.

Nesse sentido, cabe transcrever julgados desta Corte Castrense:

APELAÇÃO. ESTELIONATO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO DO APELO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OBJETIVA AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. NULIDADE DO PROCESSO POR UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. PRELIMINARES PREJUDICADAS. [...] Os agentes, em concurso de pessoas e com divisão de tarefas, criaram um esquema para conferir aparente legalidade aos pagamentos em favor da empresa CEFA-3, por meio da emissão de notas fiscais e de simulação de entrega dos produtos adquiridos. O agir delitivo perpetrado contra a Aeronáutica, associado à falsidade do documento público, teve o condão de ofender concretamente o patrimônio sob a Administração Castrense, além de ter constituído afronta aos princípios da lealdade e da boa-fé, bem como aos da hierarquia e da disciplina, no que concerne aos militares. As condutas perpetradas contiveram todos os elementos objetivos e subjetivos descritos no tipo do art. 251 do CPM. Os réus valeram-se de meios fraudulentos, para, induzindo em erro o Poder Público, lograr a vantagem ilícita de R\$ 1.974.067,00 (um milhão e novecentos e setenta e quatro mil e sessenta e sete reais), depositada na conta da sociedade CEFA-3. Concernente à inserção da declaração falsa no termo de recebimento de material, o agir, muito embora constitua crime de falsidade, caracterizou fase normal de execução do delito de estelionato. Está-se diante da aplicabilidade do princípio da consunção, porquanto patente o nexó entre as condutas praticadas, do mesmo modo que inexistiu dolo diverso que pudesse ocasionar a condenação pelo falso como crime autônomo. Não obstante, na dosimetria da pena, o magistrado, ao condenar os sujeitos ativos pelo crime-fim (no caso, o estelionato), poderá elevar a respectiva pena-base, uma vez que existe

maior reprovabilidade nas condutas daqueles que, para praticar o delito almejado, cometeram outro, denominado crime-meio. [...] Quanto aos recursos defensivos, afora a ausência de comprovação da emissão dos “vales” em todo o período no qual supostamente os materiais seriam entregues, relembro que ao versar com verbas públicas o administrador não detém livre disposição no respectivo exercício financeiro, não podendo realizar negócios jurídicos sob a promessa de pagamentos futuros, em razão da indisponibilidade do interesse público, postulado máximo do Direito Administrativo. Ademais, no âmbito do Direito Empresarial, é regra basilar aplicável aos títulos de crédito a observância aos postulados da cartularidade (segundo o qual o exercício dos direitos representados no título pressupõe a sua posse), da literalidade (segundo o qual o título representa o que nele está contido) e da autonomia (segundo o qual o título configura-se como um documento autônomo e totalmente desvinculado da relação subjacente que lhe deu causa); além, obviamente, da tipicidade ou legalidade, segundo a qual os títulos de crédito devem ter forma e existência definidas em lei, não ficando ao arbítrio dos particulares a criação creditória, que, tão somente, receberá a qualificação de título de crédito quando assim for definida pela norma jurídica. Recurso ministerial parcialmente provido. Decisão por maioria. Recurso defensivo de um civil provido. Proclamação de decisão favorável ao recorrente pelo Presidente do Tribunal. Demais recursos defensivos não providos. Decisão unânime. (STM. AP 0000043-22.2011.7.01.0101. Rel. para o Acórdão Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em 28.9.2017. Publicado em 13.11.2017).

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. ESTELIONATO (ART. 251 DO CPM). PRELIMINARES DE NULIDADE. PROVAS ILÍCITAS. DEFENSOR DATIVO. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO. AUDIÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO E DE INTERROGATÓRIO DE RÉU NÃO REVEL. DESCONFORMIDADE COM O ART. 302 DO CPPM. DECISÃO QUE CONSIDEROU SANEADO O PROCESSO. DESCONSTITUIÇÃO DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA E JULGAMENTO MONOCRÁTICO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. PROVAS DA PRÁTICA DELITIVA. ESTELIONATO. DOLO CARACTERÍSTICO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO PROVIMENTO DO APELO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM RELAÇÃO AO SEGUNDO DELITO. DECLARAÇÃO DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO DELITO. DECISÃO UNÂNIME. [...] Materialidade, autoria, dolo e culpabilidade estão demonstrados por farta prova documental, bem como pela prova oral colhida em Juízo. Os autos comprovam que os materiais adquiridos e pagos não foram recebidos pela Administração Militar. O Apelante não logrou apresentar prova das teses defensivas e nada nos autos demonstra que teria agido em cumprimento de ordem superior. Presente o dolo característico do delito de estelionato, assim como o emprego do meio fraudulento que induziu ao erro a Administração Militar, ocasionando a obtenção de vantagem ilícita pelas empresas

envolvidas, em prejuízo à Administração Militar. As provas produzidas demonstram que o Réu, pessoa plenamente imputável, agiu com consciência e vontade ao praticar os fatos narrados na Denúncia, quando dele era exigível conduta diversa, não havendo nos autos circunstância capaz de excluir os crimes ou isentá-lo de pena. Negado provimento ao Apelo defensivo [...]. (STM. AP 7000480- 02.2019.7.00.0000. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgado em 6.2.2020. Publicado em 17.2.2020).

Na última das teses que visam por algum ângulo à absolvição, haver o Oficial recebido ou não vantagem pessoal, para si ou para outrem, para agir ou para se omitir, da maneira como o fez, é fator irrelevante para a ocorrência dos estelionatos. Portanto, a não localização de transferências ou depósitos em suas contas bancárias, além da não percepção de enriquecimento injustificado em suas declarações de renda, são fatores que não auxiliam a Defesa, embora também não sejam desabonadores de qualquer forma, obviamente.

Acaso o Recorrente tivesse sido acusado e condenado por corrupção passiva, tal qual a Ten Izabella, então existiria relevância jurídica para o tema proposto, pois existir o recebimento de vantagem indevida pelo servidor ou a promessa disso, para fazer ou deixar de fazer algo referente à sua função, é elementar do citado delito (art. 308, *caput*, do CPM). Por ora, condenado somente por estelionato, o porquê se omitiu com suas atribuições é fato que nada influencia negativa ou positivamente.

Tal tema em certa medida recebeu análise pela Sentença, ao passo que a quebra dos sigilos, na verdade, apontou movimentações suspeitas, as quais, porém, não tiveram um caráter necessariamente criminoso demonstrado. Logo, em homenagem à garantia fundamental da presunção de inocência, não foram retiradas conclusões negativas contra o Acusado dessas movimentações, a despeito do caráter indiciário:

Como afirmado, reiteradamente ao longo da presente fundamentação, a vantagem ilícita almejada não precisa ser própria do agente, de modo direto, podendo ser em benefício de outrem, bem como traduzida em vantagens indiretas.

É bem verdade que não se pode presumir que todo e qualquer depósito de origem desconhecida seja a materialização do percebimento de vantagens ilícitas. Para isso, seria necessária a conjugação de outras circunstâncias capazes de delimitarem, de modo robusto, as possibilidades ao ponto de a conclusão não ser outra que não a natureza ilícita daquela transação.

Não foi o que ocorreu, no presente feito, **quanto às movimentações em dinheiro e de origem desconhecida, que não encontraram outros elementos probatórios que lhes conferissem o caráter ilegal.**

Sabe-se que, normalmente, pela maior dificuldade de rastreamento, as vantagens ilícitas são obtidas por meio de transações diretas, em espécie.

**Todavia, ante o Princípio da Presunção de Inocência e em respeito ao Estado Democrático de Direito, por mais comum que seja aquela prática, para ser considerada elementar de um crime, é indispensável sua conjugação com outros dados que sustentem seguramente o que, de início, seria só uma probabilidade.**

No caso do acusado Ten Cel LUIZ ALBERTO ALMEIDA, não foram encontradas movimentações entre ele e quaisquer dos demais acusados, sejam os empresários, sejam os militares. (Grifo nosso).

Assim, percebe-se que, ao não haver a Acusação esclarecido se o Réu foi, de alguma maneira, financeiramente beneficiado com suas condutas delituosas ou se pelo menos foi alvo de promessa de algo, restou somente sua condenação por estelionato, a qual, respeitada a leitura defensiva no tópico debatido, deve ser mantida.

Ao fim do Recurso, sobre o pedido subsidiário de diminuição da pena-base, na primeira fase da dosimetria, para o mínimo legal (2 anos), observa-se que a Sentença, nesse ponto, a incrementou para 3 anos sob o fundamento de que, a despeito de ser “primário” e ter “bons antecedentes”, “a extensão do dano causado à Administração Militar” justificaria o ponto de partida elevado. Em contrariedade, a Defesa foi extremamente sucinta ao somente requerer “o redimensionamento da pena-base”, sem amealhar qualquer argumento.

Feito esse apanhado, salvo melhor juízo, não socorre razão ao pleito subsidiário, tanto porque a Sentença detém base concreta para o aumento feito (vide Laudo Pericial contábil acima questionado), quanto em virtude da falta de dialética pelo Recorrente acerca do motivo que justificaria a redução. Nessa situação, ao não ser teratológica, ilegal ou inconstitucional a parte do Decisum ora questionada, falta razão para que esta Corte perquiria acerca da dosimetria feita e se imiscua em um juízo que é, de regra, mais bem procedido pelo Julgador próximo da coleta probatória.

Questão essa que, de forma abstrata, já foi enfrentada em precedente desta Corte:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. [...]. TESE SUBSIDIÁRIA PELA REDUÇÃO DA PENA. PENA-BASE EXACERBADA. FALTA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. ANÁLISE RAZOÁVEL PELO JUÍZO A QUO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 69 DO CPM. ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE DAQUELE QUE REALIZA A DOSIMETRIA. CONTROLE DE LEGALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES TRIBUNAIS SUPERIORES. [...]. III - **O agravamento da pena-base por meio da consideração de provas indiretamente produzidas não apresenta ilegalidade ou inconstitucionalidade. O Juízo a quo, pela sua proximidade ao contexto criminoso, detém posição privilegiada para dosimetria da pena, de forma que a alteração do cálculo pelas instâncias superiores deve se limitar aos casos de considerações teratológicas, ilógicas, ilegais ou inconstitucionais. Por**

**existir embasamento em aparente razoabilidade e proporcionalidade, mantém-se a dosimetria realizada.** Precedentes deste Superior Tribunal Militar (STM) e do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF). [...]. V - Apelo parcialmente provido. Decisão por maioria. (STM. AP 7000845-90.2018.7.00.0000. Rel. para o Acórdão Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 18.6.2019. Publicado em 13.8.2019; grifo nosso).

Com essa final colocação, considera-se **totalmente desprovido o Apelo do Acusado Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga.**

Passa-se ao Recurso de Apelação interposto conjuntamente pelo **Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho** e pelo **civil Valdilson Lacke de Araújo**. Quanto a esses Recorrentes, a Defesa técnica, em relação ao mérito, sustentou para cada representado de forma distinta. Na ordem interna do Apelo, defendeu-se primeiro o civil Valdilson Lacke de Araújo, o qual, resumidamente, argumentou a incompletude do caderno probatório para sua condenação, a justificar sua absolvição com base no princípio do *in dubio pro reo*.

Concretamente, aduziu que a prova seria cambaleante em atestar que realmente não forneceu, por meio da empresa Sueste, os produtos contratados pelo HMAR, observado que problemas com a alimentação de Sistema da Unidade (SISCOFIS) não seriam de sua responsabilidade. Além disso, compreende que não haveria restado demonstrada a obtenção de qualquer vantagem ilícita, ou, ainda que existente alguma irregularidade, que estivesse ciente do que ocorria, a então justificar eventual dolo.

No que toca ao Coapelante, as teses defensivas se apresentam no Recurso na seguinte ordem: *primeira*, a atipicidade do ocorrido em relação ao Cel Mário Filho, diante da ausência de dolo em suas ações ou omissões. Principal fundamento para tanto seria a sua função de Chefe da Divisão Administrativa, pela qual não detinha envolvimento relevante nas ocorrências que culminaram nos delitos, tanto porque a função seria “fictícia” (inexistiria no quadro formal da Unidade), quanto em virtude das supostas atribuições não lhe fornecerem “poderes reais”.

Por essa linha, requereu sua absolvição por força da presunção de inocência, em face da ausência de provas suficientes a atestarem seu dolo. Ato contínuo, a *segunda* tese reprisa o recém-dito para então afirmar que a falta de relevância de sua função haveria implicado uma verdadeira inexigibilidade de conduta diversa. Isto é, como sua atribuição não lhe conferia poderes de fato, nada podia ele fazer para evitar o que ocorria no HMAR.

Ao *terceiro* tópico, bastante fundado na suposta falta de dolo do Acusado, exposta na primeira tese, pede então que a absolvição seja imposta em virtude de o fato constituir mera infração administrativa, como se indiciou na solução do Inquérito Policial Militar. No *quarto* item, defendido para ambos

os Recorrentes, afirmam que a compreensão jurisprudencial de que estelionato é um crime permanente (em casos de estelionato previdenciário) deve ser estendida ao caso dos autos, de modo que a figura da continuidade delitiva e a sua causa de aumento devem ser afastadas.

Nas últimas duas teses, sustentam a redução da pena-base para os dois Apelantes para o mínimo legal, com o necessário refazimento da primeira fase da dosimetria em virtude disso (*quinta* tese). Já na segunda e terceira fase do cômputo, especificamente em relação ao militar, questionam a aplicação da agravante do art. 70, II, alínea “a”, do CPM, e a falta de fundamentação para emprego da causa de aumento pela continuidade em seu grau máximo (*sexta* tese), pelo que postulam a exclusão da primeira e o rebaixamento da segunda para a fração de 1/6 (mínimo). Por fim, a partir das revisões matemáticas, requer a concessão do benefício do *sursis*.

Feito esse incurso nas alegações dos Recorrentes, a iniciar pela alegação defensiva de Valdilson Lacke de Araújo, é verdade que, de regra, não se pode imputar ao referido indivíduo a eventual desorganização que exista no âmbito interno do ente jurídico que adquire seus produtos. Em termos mais concretos, pode-se afirmar que não era responsabilidade do civil controlar se os militares do HMAR iriam ou não desempenhar suas atribuições a contento, principalmente quando essas dizem respeito a atos a serem praticados após o recebimento dos produtos.

Não obstante seja correta essa construção, o caso em análise não cuida de uma situação assim. Ainda que não se saiba, com total certeza, se parte dos problemas denotados no Hospital derivou de possível desorganização, o que sobressai das provas, com uma clareza grande demais para ser ignorada, é que as alegadas meras “irregularidades” praticadas no âmbito do HMAR foram, na verdade, atos executórios para os delitos perpetrados e que, para o total sucesso disso, particulares, como ora Recorrente, aliaram-se no ardil.

Nesse sentido, o Auto de Constatação produzido na fase policial torna visível a discrepância absurda entre a quantidade de produtos de informática supostamente entregues pela Sueste, entre agosto e dezembro de 2011, e o quanto de fato foi encontrado ao tempo da perícia, em abril de 2012, poucos meses depois. A título exemplificativo, é irrazoável colocar na conta de eventual “desordem” que das mais de 3 mil unidades de cartuchos, tonners e cilindros para impressora, que constaram das Notas Fiscais da Sueste, existissem menos de 700 alguns meses depois.

Conjugada a percepção dessa discrepância com o levantamento feito pela 7ª ICEx acerca do gasto histórico do HMAR, consoante apontado no DIEx 344-S2, de 25.10.2012, reforça-se a conclusão do caráter fictício das compras: em um período de 1 ano (dezembro de 2010 a dezembro de 2011), o consumo de toda aquela Organização Militar nunca bateu, em relação à

maioria dos bens indicados, metade do *quantum* que se adquiriu no curto intervalo de tempo das contratações feitas com a empresa supracitada (agosto a dezembro de 2011).

Confrontado com esse quadro, a tese defensiva falha em esclarecer tal realidade, pois não há baderna administrativa que explique a simples e pura inexistência dos objetos supostamente comprados. Somente ao se chegar à conclusão de que não houve o fornecimento dos produtos é que a representação fornecida pelas provas se torna factível, possível e razoável. A partir disso, o ardil empregado, naquilo que envolveu Valdilson Lacke de Araújo, é consequência lógica: ao incluir em Notas Fiscais bens que não entregou realmente, buscou manter o erário em erro com o fim de receber vantagem indevida.

O estelionato então se consumou quando a referida vantagem passou à posse do Acusado, via pagamentos feitos pela Administração Militar, e a Vítima amargou o prejuízo por ter quitado compras fictícias. Com essa última peça da constatação, tal qual exposto na Sentença, a condenação pelo crime contra o patrimônio público se impõe, forte tanto no que atestou a Acusação, quanto na falta de desoneração pela Defesa com o seu ônus em conseguir esclarecer as condutas do Réu.

Em continuidade, sobre a defesa em favor do Cel R/1 Mário Filho, nenhuma das três primeiras teses levantadas em seu favor merece provimento. Todas se voltam, em maior ou menor medida, contra o mérito da condenação, primeiro contra seu desacerto acerca dos fatos (primeira tese). Após, contra o *Decisum*, porque haveria causa excludente da culpabilidade (segunda tese), e, por fim, sob o fundamento da suficiência da punição disciplinar para o caso, ou da ausência de provas de que o fato configurou crime, e não mera infração.

Na respectiva ordem, em sintonia com o que já se concluiu no exame do Apelo movido pelo Ten Cel R/1 Almeida, não subsistem as compreensões dos Réus de que suas atribuições seriam tão irrelevantes a ponto de os impedirem de perceber ou agir contra as irregularidades que ocorriam. No específico caso do Cel R/1 Mário Filho, a prova testemunhal e a confissão do próprio atestam que, ao mínimo, sabia o que ocorria e ainda permitiu.

No sentido dessa colocação, como destacado na Sentença, qualquer que fosse o poder que o Oficial possuía, a testemunha, Subtenente Sérgio Roberto de Santana, foi clara ao apontar que o Cel R/1 Mário Filho era superior hierarquicamente à Chefe do Almoxarifado, Ten Izabella, e suas atribuições o obrigavam a exercer poder de zelo sobre o exercício de sua subalterna. Inclusive sobre outros setores ele exercia ascendência, como asseverou o Capitão Tiago Pedreiro de Lima, outra testemunha compromissada.

Mais que isso, como o próprio reconhece, a ele cabia averiguar, primordialmente, a correta alimentação do SISCOFIS, situação a qual era tão

problemática que, nas palavras do Acusado, justificou a criação de uma “sala/gabinete de crise”. Não obstante esse quadro de poderes e responsabilidades, isto é, em que pese o poder-dever hierárquico que detinha sobre a Almojarife e a sua específica designação para tentar solucionar problemas já constatados, a situação do depósito do HMAR não melhorou, somente piorou.

Quanto a essa afirmação, veja-se que o ora Acusado e o Ten Cel R/1 Almeida, cujo recurso já foi examinado, curiosamente se encontravam investidos de prerrogativas que lhes permitiam – e até mesmo impeliam – a fiscalizar o caótico procedimento de requerimento e recebimento instalado no Almojarifado. Entretanto, ambos conseguiram falhar e se omitir em mais de uma centena de compras diferentes, sincronia essa que, então, permitiu que todas as requisições, contratações e eventuais quitações ocorressem, sem sobressaltos ou questionamentos.

Tamanha coincidência, com toda vênua à leitura defensiva, não se explica em meras falhas no exercício da função, pois sua magnitude extrapola a falha comum, do dia a dia, que a todos pode acometer. Ao contrário, a situação somente se torna compreensível ao se perceber que o ocorrido nasceu de condutas dolosas e convergentes, praticadas por pessoas conscientes e voluntariamente aliadas, todas voltadas ao fim de fazer ter sucesso a empreitada criminosa que se instalou naquele nosocômio.

Frise-se que a conclusão da presença do dolo do Réu não é somente fruto da sua inação em evitar internamente que as irregularidades prosseguissem, mas também pela sua inércia em reportar, a quem quer fosse (superiores, polícia, Ministério Público, Controladoria-Geral da União etc.), o descaso com que o dinheiro era manejado. No ensejo dessa colocação, a avançar para a segunda tese defensiva, vê-se que tal imobilidade do militar, principalmente ao se considerar sua ascendência hierárquica sobre a Ten Izabella, nunca poderia se justificar sob a escusa de inexigibilidade de conduta diversa.

Como consolidado doutrinária e jurisprudencialmente, analisar se era possível ao agente não agir como o fez (praticar o crime) é algo que, de regra, diz respeito à esfera da culpabilidade, dentro da teoria tripartite do delito. De regra, a todos se imagina que era cabível fazer diferente do que praticou e com isso evitar a tentativa ou consumação do crime. Ainda assim, o ordenamento positivou situações em que se reconhece que não era exigível conduta diversa: coerção moral irresistível (art. 38, *caput*, alínea “a”, CPM), obediência hierárquica (art. 38, *caput*, alínea “b”, CPM) e estado de necessidade exculpante (art. 39 do CPM).

Em comum, todas essas ocorrências revelam em seu cerne uma hipótese fática em que a pessoa alvo (da coerção, da ordem, do estado de necessidade), ainda que livre fisicamente, restou forçada mentalmente, pelas circunstâncias, a tomar uma rota que a levou ao ilícito. Mais que isso, resta

claro que agir diferente era algo irrazoável, de modo que outros, caso inseridos em idêntica situação, agiriam da mesma forma.

No caso da coerção moral irresistível, as Forças Armadas são um âmbito clássico para seu emprego, justamente pela maior força que a hierarquia exerce sobre seus membros, de modo que uma ordenação de superior, em regra, pode justificar o ilícito praticado pelo executor da ordem. Ainda assim, a própria Lei ressalva que a ordem não pode ser manifestamente ilícita (art. 38, § 2º, do CPM).

Ao último caso, o indivíduo pode acabar por fazer uso do estado de necessidade exculpante sempre que se encontrar em uma situação de perigo, por si não provocada, e que para evitá-la precisará sacrificar o direito de outrem, o qual deverá ser superior ao seu ou ao de quem tentou proteger.

Feito esse breve discurso teórico sobre a figura da exigibilidade de conduta diversa e das hipóteses jurídicas que a afastam, de pronto se denota que o caso do Réu não se enquadra em nenhuma das excludentes. Ao revés, por deter ascendência hierárquica sobre a Ten Izabella; porque não havia direito seu em perigo; e por não se vislumbrar qualquer coação irresistível que estivesse a sofrer, é forçoso admitir que era exigível conduta diversa do Réu.

Em linha com o posto mais acima, o que se exigia não é que o Apelante sozinho houvesse resolvido a delinquência que afligia o Hospital e que evitasse toda e qualquer compra fictícia ocorrida. Esperava-se só e pelo menos que o Oficial Superior, ao estar ciente das inúmeras irregularidades que ocorriam debaixo dos seus olhos, procurasse as autoridades competentes, as quais pudessem desde logo intervir (órgãos superiores dentro da Força) ou iniciar os procedimentos voltados à investigação dos fatos (órgãos de Polícia Judiciária).

Portanto, não milita com a razão a Defesa ao suscitar possível inexigibilidade de conduta diversa, fato que a própria narrativa da Peça Recursal reforça, uma vez que, a bem da verdade, não se expôs qualquer argumento que relacionasse as inações do Apelante com alguma das excludentes citadas. O militar, além de dolosamente haver se omitido de suas funções, com o mote de auxiliar com os estelionatos, no âmbito de sua culpabilidade, era-lhe exigível que tivesse agido diferentemente, fosse pelo correto desempenho de suas funções, fosse ao reportar o que ocorria.

A título de reforço, a Juíza de piso bem salientou o caráter doloso que exsurge da postura omissiva adotada pelo Oficial e, implicitamente, a possibilidade de que houvesse atuado de forma diferente:

A postura alheia ao que acontecia no Almoxarifado, desenhada pelo Cel Mário Filho, é de tal porte que, como dito, ultrapassa a esfera da negligência, principalmente porque não se está tratando de um oficial temporário, mas, sim, de um Coronel, cujo grau de responsabilidade e de experiência lhe permitem um desempenho mais comprometido.

Então, supor que o Chefe de Divisão Administrativa nunca tenha tido a curiosidade de questionar o recebimento de medicamentos no Almoxarifado quando se sabia que havia a Farmácia como local destinado a tal armazenamento ou que nunca tenha conferido, ainda que por amostragem, algumas das Notas Fiscais que ingressavam no HMAR é, no mínimo, estranho. [...].

Logo, fica evidente o total descaso do ora acusado para com as suas atribuições, enquanto Chefe da Divisão Administrativa, quando se considera a disparidade, já tão exaltada ao longo da presente fundamentação, entre o que existia no SISCOFIS e o que havia nas Notas Fiscais questionadas.

Assim, era de se esperar que o ora acusado ao menos passasse os olhos em algumas das dezenas de Notas Fiscais fraudulentas para que, diante da inevitável surpresa pelo quantitativo exacerbado, questionasse e tomasse as medidas cabíveis no sentido de sanar as irregularidades.

[...].

Assim, repise-se que o Ten Cel MÁRIO FILHO, oficial superior do Exército Brasileiro, tinha plenas condições de perceber a empreitada criminosa que se desenrolava bem debaixo das suas vistas, sendo irrazoável a cândida justificativa de que “não sabia de nada”. A função inerente ao cargo de Chefe da Divisão Administrativa do HMAR e a sua patente impedem-no de uma postura passiva no exercício das suas atribuições.

Com a prática criminosa de estelionato confirmada em todos os seus requisitos pré-delituosos (fato típico, ilicitude e culpabilidade), bem como nas elementares do próprio tipo penal (ardil, vantagem, prejuízo), a desclassificação do caso para simples infração administrativa não encontra eco. Aponta-se que, para a eventual concessão da tese sustentada pela Defesa, na verdade haveria de se reconhecer ou a insignificância dos fatos, ou então ir pelo caminho da bagatela imprópria, ao se afirmar que houve o delito, mas que a sanção penal não se mostraria adequada e necessária como punição, por ser demasiada.

O primeiro caso é facilmente afastado pelo número de estelionatos nos quais a ação ou a omissão do Réu foi fundamental para consumação e por isso foi condenado (113 vezes). Não há irrelevância de fato em um cenário como esse. A respeito da segunda hipótese, sabe-se que a desclassificação para infração disciplinar é uma forma positivada de bagatela imprópria e que, inclusive, é aplicável para o estelionato pela via do art. 253, c/c o art. 240, § 1º e § 2º, ambos do CPM.

Não obstante, é flagrante que os fatos imputados ao Acusado não acarretaram prejuízo “de pequeno valor”, entendido por aquele “que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário-mínimo do país”. As vantagens repassadas às empresas alcançaram a casa dos milhões. Ainda, o Réu, solitária ou conjuntamente com os demais envolvidos, não tentou restituir a defasagem suportada pela Administração Militar, mesmo que em parte.

Logo, não se encontra fundamento, de fato ou de direito, para a pretensão desclassificatória em questão. Cita-se que esta Corte, em situações de muito menor gravidade, detém precedentes pela inviabilidade de, em regra, fazer-se uso da hipótese legal da bagatela imprópria para o estelionato, principalmente por se entender que tal delito traz maiores implicações negativas ao seio da Força e, por consequência, aos seus princípios basilares (hierarquia e disciplina):

APELAÇÕES. MPM E DEFESA. ESTELIONATO. [...]. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO CONFIGURADO. [...]. Para o benefício da causa de diminuição de pena, prevista no art. 240, § 2º, do CPM, basta que a restituição seja voluntária, não necessitando que seja espontânea, uma vez que pode ser sugerida ao réu a devolução do valor fraudado. O crime de estelionato praticado por militar em prejuízo de outro não tem como vítima apenas os colegas de caserna, mas a própria Instituição Militar e os seus valores mais intrínsecos, o que impede ser considerado o delito insignificante ou mesmo ser desclassificado para infração disciplinar. [...]. (STM. AP 0000154-26.2013.7.01.0201. Rel. Min. Odilson Sampaio Benzi. Julgado em 20.4.2017. Publicado em 8.5.2017).

APELAÇÃO. ESTELIONATO. [...]. O agente, utilizando-se da confiança dos colegas de caserna, obteve para si vantagem ilícita, causando prejuízos a 6 (seis) soldados do efetivo variável. Descabe falar em desclassificação da conduta para infração disciplinar, por não se tratar de pequeno valor. No tocante à incidência do § 2º do art. 240 do CPM, observa-se já ter sido a sanção reduzida em 2/3 (dois terços) em face da referida causa especial de diminuição de pena, tendo sido empregado o quantum máximo. Não incidência do princípio da bagatela, devido não só ao contexto social dos militares envolvidos, mas à reprovabilidade da conduta atentatória à disciplina e depreciatória dos sentimentos de lealdade e de confiança entre os companheiros de farda, circunstâncias imprescindíveis para a unidade da tropa e para o convívio social no interior do aquartelamento. Preliminares rejeitadas. Recurso não provido. Decisão unânime. (STM. AP 0000053-86.2013.7.01.0201. Rel. Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em 13.12.2016. Publicado em 3.2.2017)

Vencidos os tópicos referentes ao mérito em si da condenação, analisa-se agora a tese sobre a natureza permanente dos estelionatos praticados. Como resumido antes, sustenta o Apelante que, embora não seja uma situação de estelionato previdenciário, neste caso deveria ser aplicada a compreensão consolidada por esta Casa de que, uma vez consumado o primeiro delito, ele se protrairia no tempo, até cessar, o que justifica sua “permanência” e, por consequência, a não ocorrência de continuidade delitiva, mas sim de um único crime.

Relidos os argumentos do Recorrente observa-se que não há como encaixar o entendimento construído por este Tribunal, acerca da permanência

do estelionato previdenciário, para a situação dos autos. Sobre os delitos perpetrados por fraudadores do sistema de pensões das Forças denota-se que o caráter permanente nesses casos nasce da específica circunstância referente à ocorrência de uma só ação ardilosa original, a qual, uma vez bem-sucedida, mantém-se como a razão para o recebimento de todas as vantagens, a partir daí, pagas mensalmente.

Em outras palavras, nas situações em questão, o indivíduo que irá se beneficiar da fraude, por receber a pensão a que não faz jus, precisou iludir a Administração Militar tão somente uma vez. Em regra, após esse primeiro e único ardil, nunca mais ocorrerá de a pessoa precisar ludibriar o erário, pois esse, fiado em “prova de vida” falsa ou em “silêncio malicioso”, quando não se informa o óbito dolosamente, ficará a pagar indevidamente a vantagem e a sofrer prejuízo em consequência.

Diverso é o caso destes autos, pois, ao invés de um singelo ardil, o Acusado e demais envolvidos, a cada Nota Fiscal “fria” e, em seguida, a cada respectivo pagamento, praticaram um estelionato diferente, com ardil, vantagem e prejuízo próprios. A noção da individualidade desses vários estelionatos se faz certa quando percebido que qualquer Nota que houvesse sido rejeitada e pagamento que não fosse feito representariam menos uma situação em que a Administração fora ludibriada (a pagar por algo que não adquiriu) e, por óbvio, menos um quantum de vantagem indevida obtida e de prejuízo sofrido.

Dessa forma, embora o número final de condutas possa espantar, a consideração do seu caráter individual faz jus à realidade provada nos autos. Então, aplicar a figura jurídica da continuidade delitiva sobre esse quadro é, na verdade, não só adequado, como necessário. Adequado porque os requisitos legais estão obviamente cumpridos e necessário devido à proporcionalidade que traz à punição de quem praticou um crime que, mesmo que presentes contornos sérios, não dependeu de grave ameaça ou violência contra pessoa.

Na linha dessa colocação, devem ser também rechaçados os argumentos defensivos pelo recálculo da pena. No que toca ao uso da fração pela continuidade em seu máximo, a quantidade de delitos considerada (113), no caso do Cel Mário Filho, fala por si só, pois, mesmo que a lei não fixe um número previamente, por certo que mais de uma centena de condutas delituosas é algo suficiente para justificar o uso da hipótese de aumento da pena no máximo legal previsto.

Ademais, não se pode apontar ausência de fundamentação nesse ponto da Sentença, ao passo que o Juízo, antes da dosimetria, asseverou que, quando houvesse mais de sete condutas consideraria o excedente disso na primeira fase da dosimetria, o que acabou por não fazer, em nítido benefício à Defesa. Ou seja, concorde-se ou não com o suposto método que o Julgador iria aplicar, fundado na doutrina de Cleber Masson por ele citada, veja-se que houve

esclarecimento do porquê seria aplicada a fórmula da continuidade delitiva, o que afasta a alegação de ausência de fundamentação.

Mais que isso, no momento do cálculo individualizado, a MM. Juíza sentenciante fez expressa menção à quantidade de crimes pelos quais o Réu terminara condenado, que citou a título de explicação da razão pela qual exasperava a pena em 2/3. Com esse detalhe acrescentado, acaso discordante a Defesa, deveriam tais colocações da Sentença ter sido expressamente e fundamentadamente impugnadas, para que, então, se compreendesse eventual motivo que justificasse a alteração do valor de incremento usado.

Lógica parecida se emprega para rechaçar o pedido para afastamento da agravante genérica do art. 70, II, alínea “a”, do CPM. Não há como proceder análise à tese da Defesa porque tal preceito legal não foi invocado na Sentença. Logo, se o Juízo em momento algum citou ou usou da hipótese de que o Apelante praticou os crimes imputados “por motivo fútil ou torpe”, inexistente objeto a ser analisado.

Ao fim do Recurso, a respeito da redução da pena-base dos dois Apelantes, as quais foram incrementadas em razão da “extensão do dano causado”, adota-se leitura idêntica à feita no exame do primeiro Apelo: ao não se denotar teratologia, ilegalidade, ilogicidade ou inconstitucionalidade, falta também motivo para que o Tribunal proceda com nova dosimetria, principalmente na primeira fase, que é a mais permeada por considerações estritamente fáticas é melhor avaliada pelo Julgador original da causa.

Além disso, observa-se uma proporcionalidade entre o aumento em valores diversos: enquanto para Valdilson Lacke de Araújo a pena-base subiu em 6 meses, para o Cel Mário Filho houve incremento duas vezes maior, em 1 ano. Ao ir além da óbvia diferença entre os valores, sobressai que o aumento mais desfavorável ao militar encontra relação com o fato de que quase todos os estelionatos comprovados neste processo dependeram em algum momento da sua omissão, razão pela qual foi condenado por 113 condutas diferentes.

Já o civil, na condição de sócio da empresa Sueste, teve seu envolvimento limitado às contratações em que a referida pessoa jurídica foi a fornecedora, de modo que levou vantagem sobre o erário em 35 oportunidades, nas quais o referido militar, em todas ou quase todas, também foi participante. Feitas essas duas colocações, por uma questão lógica e devidamente comprovada, o prejuízo/dano com o qual o então Tenente-Coronel auxiliou a consumação é necessariamente maior do que naqueles em que o particular se locupletou.

Com essa última colocação, o resultado do Recurso movido por **Valdilson Lacke de Araújo** e **Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho** é o seu **não provimento integral**, com a **manutenção da condenação dos dois** nos exatos termos da Sentença.

Em seguimento à ordem estabelecida previamente, passa-se à análise da Apelação interposta pela Defesa conjunta dos Réus **ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho**, e os civis **Andréia Carla Martins Cavalcanti** e **Flávio Francisco da Silva**. Ao referido Recurso, de forma sintética e apartada, cada um dos ora Recorrentes apresenta esclarecimentos próprios para o porquê de suas pretendidas absolvições.

Na respectiva ordem da Peça, o primeiro é o civil Flávio Francisco da Silva. Alega que sua condenação se fundou tão somente no fato de ele haver assinado 39 “cartas de crédito” da Unifarma em favor do HMAR, títulos esses que haveriam sido simulados para dar ares de validade às negociações feitas entre a Administração Militar e a empresa.

Em linha com a interpretação de insuficiência quanto a tal fato, afirma que sua conduta se deu, unicamente, em obediência à ordenação de seu empregador, o Corréu Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, sócio de fato da referida companhia. Além disso, o reconhecimento de dívida feito por meio dos referidos documentos ocorreu após os supostos estelionatos, que se consumaram com o pagamento pelo Erário, de sorte que não demonstram conluio ou sequer ciência pelo Réu do que havia sido praticado.

A Apelante seguinte, Andréia Carla Martins Cavalcanti, sustenta que sua participação na Unifarma seria mera formalidade, em razão do seu marido, ao tempo da constituição da pessoa jurídica, não o poder (por ser militar). Assim, ao revés da leitura feita no édito, nunca praticou fato voltado ao sucesso dos estelionatos supostamente praticados, no máximo agiu na quitação e na prestação de contas da empresa, ao ter assinado as duas das multicitadas “cartas de crédito”.

O terceiro e último Recorrente, Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, afirma que não houve premeditação no que se refere às Notas Fiscais, mas alterações de acordo com a demanda/ordem do HMAR. Seria um indicativo de normalidade, no que se refere ao procedimento adotado, o processo administrativo em que o nosocômio determinou o retorno de certos medicamentos por problemas de armazenamento.

Em acréscimo, ressalta que nunca confessou qualquer prática criminosa, somente quis auxiliar na elucidação dos fatos, não lhe sendo imputável a desordem do HMAR para com o SISCOFIS. Por fim, compreende que restou provado que, embora tenha entregado de forma distinta da originalmente contratada, efetuou a entrega ao Hospital de exatamente o valor contratado, de modo que não há demonstração que tenha recebido alguma vantagem indevida.

Feito esse breve apanhado, na mesma ordem acima, merece provimento o Apelo em relação à condenação de Flávio Francisco da Silva. Não obstante esteja confirmado que assinou os títulos particulares ideologicamente

falsos, percebe-se que a prova se resume exatamente a isso, sem que exista qualquer indicativo pretérito de que o Réu sabia do ardil e da vantagem indevidamente obtida por seu Chefe, Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho.

Por essa percepção, além da referida prova se tornar fraca para a demonstração do estelionato, tem-se que ela é insuficiente para atestar que o Acusado sequer soubesse que as cartas eram documentos ideologicamente falsos. Nesse sentido, ao não se denotar flagrante falsidade naqueles documentos, torna-se realmente irrazoável imaginar que um subalterno, mesmo em uma empresa particular civil, fosse desconfiar ou se opor a uma determinação advinda diretamente da pessoa que é proprietária da empresa que o emprega.

Na aplicação do instituto jurídico da excludente de culpabilidade por obediência hierárquica, de fato está correto o Juízo *a quo* ao afirmar que tal não encontra aplicabilidade em relações de natureza privada, mas sim e somente no direito público. Ainda assim, no caso dos autos o que se vê é uma total ausência de tipicidade da ação empreendida pelo Recorrente (assinar cartas de crédito), porque a Acusação não conseguiu comprovar que o agente estivesse ciente de que esses documentos seriam empregados para o sucesso de um estelionato pretérito, ou mesmo de que o ali descrito (o suposto “crédito”) não existia realmente.

Veja-se que não se busca dizer de forma ingênua que o Apelante com certeza não sabia e que não tinha como saber, pois tal quadro dependeria de prova quase absoluta nesse sentido. Em verdade, o que se está a reconhecer é que o Acusado não pode, nem deve ser condenado porque o Órgão Acusatório falhou em atestar que as suas ações, possivelmente criminosas, realmente detinham direcionamento à prática dos delitos a ele imputados. Absolve-se, portanto, forte na garantia da presunção de inocência, que se manifesta aqui pelo princípio do *in dubio pro reo*.

Em outras palavras, embora ao tempo da oferta da Denúncia os fatos narrados tenham fornecido justa causa suficiente à possibilidade de que o Réu fosse culpado, a instrução probatória resultou inconclusiva, ao passo que é razoável tanto pressupor eventual participação do empregado, quanto que na verdade ele não soubesse dos delitos perpetrados e, por isso, não tenha agido com dolo de ser coautor ou partícipe do esquema criminoso.

Situação diferente, por exemplo, seria se Flávio Francisco da Silva houvesse sido um dos beneficiários diretos do esquema, como é a situação dos seus Correcorrentes, que, na condição de sócios, formal e de fato da empresa que o empregava, obviamente enriqueceram com as vantagens indevidas pagas à Unifarma. Assim, com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM, a reforma da Sentença se impõe para que o referido Apelante seja absolvido integralmente.

Transcreve-se julgado desta Corte Castrense que remonta ao posicionamento neste trecho do Voto:

EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ESTELIONATO. AUSÊNCIA DE DOLO. CORRUPÇÃO PASSIVA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. 1. O crime de estelionato só ocorre na modalidade dolosa, que consiste na utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, capaz de induzir ou manter em erro a vítima. 2. Constitui requisito necessário para a configuração do dolo do crime de estelionato a prova incontroversa da fraude com o fim de obter vantagem ilícita. 3. A ausência de comprovação acerca da ilicitude da vantagem gera dúvidas quanto à configuração da conduta de corrupção passiva e faz imperiosa a aplicação do Princípio do *in dubio pro reo*. Recurso conhecido. Decisão unânime. Recurso não provido. Decisão por maioria. (STM. AP 7000170-59.2020.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 4.3.2021. Publicado em 14.4.2021).

Em relação aos Condenados seguintes, o casal “dono” da pessoa jurídica supramencionada, como recém-antecipado, o quadro é outro. Respeitados os argumentos alinhavados particularmente para cada um dos dois, tem-se que o caderno probatório restou incontestável acerca dos estelionatos para os quais ambos se esforçaram na manutenção em erro da Administração Militar e pelo qual conseguiram se locupletar com valores aos quais não fizeram jus, às custas de prejuízo da referida Vítima.

Em relação às condutas de Andréia Carla Martins Cavalcanti, em que pese afirme ser somente sócia formal da Unifarma, as provas atestam que ela agia em nome da referida empresa, ao atuar, como se observou na Sentença, como “Diretora” da companhia justamente em situação de fornecimento de “medicamento diverso do que havia sido solicitado”. Ou seja, mesmo que a situação em questão não diga respeito ao caso dos autos, a sua contemporaneidade atesta o contrário do alegado pela Defesa.

Ainda, sublinhe-se que o exposto acima é somente parte do quebra-cabeça probante, que se conjuga com o restante das provas produzidas, as quais por sua vez demonstram que a Ré, por meio da Unifarma e em conluio com seu esposo, nunca forneceu a contento o que o HMAR supostamente comprava deles. Nesse sentido, não obstante alguns dos levantamentos feitos na fase inquisitorial (Auto de Constatação; Relatório de Inventário) não sejam úteis para as contratações da Unifarma, aquele feito pela 7ª ICFEx, exposto no DIEx 344-S2, ilumina bem essa situação.

Ao comparar o supostamente adquirido com o consumo histórico do HMAR entre dezembro de 2010 e dezembro de 2011, denotou o referido expediente que vários bens foram adquiridos em quantitativos absurdamente altos, quando em um ano nunca foram usados sequer uma unidade deles. Exemplo disso se retira logo do primeiro item listado (Ácido Ursodeoxicólico,

em comprimidos de 150mg), sobre o qual o HMAR comprou 2.500 unidades em tese, mas nunca consumiu, seja antes da compra, seja depois dela.

Mais que isso, as “cartas de crédito” já referidas, embora não tenham atestado a participação de Flávio Francisco da Silva, contam história diferente em relação aos Recorrentes restantes. Na condição de sócia atuante, Andréia Carla Martins Cavalcanti, como acima apontado, e de sócio de fato (Gentil), confessado pelo próprio, nitidamente empregaram dos referidos títulos como meio de manter o sucesso da empreitada estelionatária, pois somente atestaram um crédito nunca saldado.

Acerca dessa última colocação, asseverou-se o mesmo na Sentença, no que não foi frontalmente rebatida nas Razões de Recurso: não obstante afirmem que não tenham restado débitos entre a Unifarma e Administração Militar, é perceptível que os Acusados não conseguiram produzir prova de que os montantes indicados nas tais cartas tenham sido, por qualquer maneira (em dinheiro ou em produtos), quitados para com o Erário, que nitidamente já havia sido enganado a pagar por bens que nunca adentraram em seu patrimônio.

A partir disso, o quebra-cabeça probante, citado antes, resta esclarecido em relação ao casal de Apelantes. Em que pese se defendam sob argumento de desconhecimento sobre o que ocorria (Andréia) e de ausência de obtenção de vantagem indevida (Gentil), o que sobressai é claramente o oposto, uma vez que ambos, cientes e voluntariamente, empreenderam condutas voltadas à manutenção da Administração Militar em erro, ao falsamente afirmarem (via Notas Fiscais) pelo fornecimento de bens nunca entregues e, com isso, obtiveram o indevido pagamento da contraprestação correspondente, em prejuízo ao erário.

Assim, diversamente do que se compreendeu ao outro Apelante, aos dois ora examinados resta somente a manutenção da condenação. Em resumo, o resultado do Recurso examinado é o **provimento**, para reformar a Sentença em relação ao Recorrente **Flávio Francisco da Silva**, de modo a **absolvê-lo** da imputação lhe feita, com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM; enquanto, no que toca ao **ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho** e a **Andréia Carla Martins Cavalcanti**, nega-se provimento ao Apelo, de modo que restam **mantidas as respectivas condenações** por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Retomada a ordem dos Apelos ofertados, avança-se ao exame daquele movido pelo **Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa** contra a Sentença que o condenou. Resumidamente, suas insurgências dizem respeito à falta de demonstração de que ele, na condição de Ordenador de Despesas, tenha realizado algum ato indevido no exercício de suas atribuições, senão aos subordinados, que tudo antes conferiam e somente a ele repassavam para assinatura.

De forma mais específica, aponta o que entende serem inconsistências nas provas arroladas contra si: argumenta que não restou atestado seu dolo para os supostos estelionatos, visto que esse é antecedente à obtenção da vantagem indevida, bem como que os fornecimentos a menor ou nunca feitos, a bem da verdade, vieram a se concretizar posteriormente, de sorte que não ocorreu um desfalque ao Hospital, que, ao fim, recebeu pelo que pagou.

Subsidiariamente, caso não seja absolvido, requer a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 324 do CPM – “Inobservância de lei, regulamento ou instrução”. Se nem isso for concedido, pede que a pena imposta seja reduzida ao mínimo legal.

Respeitada a sustentação defensiva, a condenação deve ser mantida. Reconhece-se que milita com a verdade a afirmação do Acusado de que não cabia somente a ele os procedimentos que resultaram nos estelionatos, ao passo que as Partes Requisitórias eram formuladas pela Ten Izabella e que os procedimentos seguintes recebiam controle do Fiscal Administrativo e do Chefe de Divisão Administrativa.

Ainda assim, o Juízo *a quo* foi claro e certo ao destacar que a demonstração do envolvimento do Coronel nasce não só das particularidades ligadas às atribuições do cargo que detinha (Ordenador de Despesas), mas sim e principalmente do extenso cenário de equívocos, irregularidades e mal proceder que ocorreram debaixo da vista, sem que esse, minimamente, desconfiasse. Em resumo, na linha do que já se expôs quanto aos Apelantes Cel Mário Filho e Ten Cel Almeida, a situação era demasiado nítida para que fosse ignorada.

A dar contornos mais claros ao acima dito, observa-se que o Recorrente, em que pese pudesse confiar em sua equipe, estranhamente se manteve inerte em face das óbvias desconfiças que exsurgiam das inúmeras Partes Requisitórias, que sempre eram encaminhadas pela mesma Oficial e sempre em quantitativos expressivos. Ainda sobre esses pedidos, também nunca se questionou o Acusado do porquê a Chefe do Almoxarifado estaria a efetuar requerimentos de medicamentos, quando era notoriamente sabido que essa função, de regra, recaía ao Chefe da Farmácia.

Todos esses lapsos servem somente de degrau para a convicção, pois dão o suporte para a desconfiança em relação às recorrentes omissões do Ordenador de Despesas. A certeza da participação do militar no esquema se concretiza na constatação dos pagamentos que autorizou quando o procedimento sequer detinha ciência prévia sua na respectiva Nota de Empenho. Isto é, mesmo ausente a assinatura do Ordenador de Despesas, pela qual se autorizaria o empenho, o Réu anuiu com a realização da quitação com os fornecedores, a despeito da óbvia fraude ocorrida durante o trâmite interno no HMAR.

Não se consegue encontrar escusa, nem a Defesa fornece, para tamanho desleixo perante uma ilegalidade tão óbvia. Mais que isso, as falhas que ocorriam no recebimento dos produtos comprados foram repetidamente levadas à ciência do Cel Figueiredo pela 7ª ICFEx, mediante seus Relatórios, nos quais se indicaram não só a irregularidade pela falta de lançamento no SISCOFIS, mas também a reprovabilidade de se pagar por bens não integralmente fornecidos (quando ainda se supunha que o que estava a ocorrer era mero fornecimento “fracionado”).

As condutas posteriores, destacadas na Sentença, referentes à confecção de expedientes que justificariam a não localização de, por exemplo, medicamentos comprados da Unifarma, porque supostamente não haveria espaço no HMAR (Parte 58-Almox, de 21.12.11, conjuntamente com a Parte 42-FiscAdm, de 22.12.11, e com o Ofício 118-FiscAdm, de 26.11.11), não justificam o dolo pretérito de estelionato, todavia corroboram esse. Em outros termos, de fato não podem os expedientes ser considerados o ardil que possibilitou a vantagem indevida, uma vez que foram subsequentes a essa, porém é impossível ignorá-los, em face da sua falsidade, na condição de meios de acobertamento do esquema delituoso.

A bem da verdade, tais procedimentos poderiam ser considerados *post factum* puníveis, pois, embora ligados em certa medida ao estelionato anterior, derivaram de condutas próprias, com finalidade também própria, a qual, nitidamente, se volta ao acobertamento do ilícito anterior, já consumado. Assim, houvesse o MPM recorrido da parte do *Decisum* que considerou todo e qualquer falso documental conglobado nos estelionatos, percebe-se que haveria possibilidade de condenação de forma separada em relação a tais falsidades, praticadas *a posteriori*.

Não obstante, deve-se respeitar o princípio da *non reformatio in pejus*, ao passo que os Recursos foram unicamente interpostos pelas Defesas dos Acusados, e a Acusação permitiu que o seu prazo corresse *in albis*, pelo que se presume que restou satisfeita integralmente. Dessa forma, fazer esta Casa qualquer tipo de alteração ao julgado recorrido, da qual possa resultar piora ao quadro do Réu, é totalmente vedada pelo nosso ordenamento.

Feito esse recorte, também não prosperam as demais tentativas de justificar os erros procedimentais ocorridos sob fundamento de que se recebeu outros bens, ou de que outros credores do HMAR foram pagos pelas empresas aqui examinadas. Ao revés de explicarem, tamanha informalidade para com o erário somente vem ao encontro da tese acusatória, pois se converte em verdadeira confissão dos Réus de que naquela Organização Militar nada se fazia de acordo com a regra legal, mas sim da forma que melhor se entendesse para cada caso.

Coincidentemente, as contratações em que se optou por fazer essas escolhas heterodoxas se revelaram fraudulentas, ao passo que, como já se destacou em outros trechos deste Voto, se forem somadas as “cartas de crédito” apresentadas por algumas das empresas, ou mesmo as notas fiscais e “recibos” de outros supostos fornecedores do HMAR, não se alcança o montante de dinheiro público entregue às companhias civis. Ou seja, ainda que se tente colocar fé nessas construções defensivas, erigidas para tentar elidir a elementar da “vantagem indevida”, a narrativa não se confirma.

Em relação à tese subsidiária de desclassificação para o delito do art. 324 do Códex Substantivo, percebe-se, a partir do todo discorrido acima, que o caderno probatório é demasiadamente claro no sentido de que as eventuais ações e omissões do Réu estavam dolosamente voltadas ao sucesso do estelionato. Não se resumiram a mero “deixar [...] de observar lei, regulamento ou instrução”, que então teria dado azo “à prática de ato prejudicial à administração militar”.

Por certo, em todo estelionato que envolva agente público em sua execução, tal agente necessariamente deixa de “observar lei, regulamento ou instrução” e com isso permite que se pratique um “ato prejudicial à administração militar”. Porém, percebe-se que o delito em questão é de caráter subsidiário, um crime que, quando percebidos indícios de uma prática mais gravosa, resta conglobado pela ação maior e se torna um crime-meio, transeunte, pelo qual o criminoso necessariamente passa para alcançar o fim almejado (estelionato, no caso).

Exemplo clássico é a lesão corporal em relação ao homicídio, ao passo que, em muitos cenários, o criminoso que visa matar alguém precisará obrigatoriamente lesionar a pessoa-alvo para que, por força das lesões que ocasiona, essa venha a falecer. Em um cenário assim, resta somente considerar conglobada a ação menor, tal qual procedeu o Juízo de piso em relação aos delitos de falsidade documental, ao considerar que esses foram parte do ardil empregado para o objetivo principal (estelionato), conforme se lê da Sentença:

Perceba-se que entender o crime de falsidade ideológica como absorvido pelo crime de estelionato, nos termos do Princípio da Consunção, implica em inevitável benefício para os acusados cujas condutas se adequarem a este último delito.

O crime de uso de documento falso, por sua própria natureza, é um tipo subsidiário, sendo absorvido quando se constituir o meio para a caracterização de outro tipo penal. Logo, se o ato de usar o documento falso se inserir em diferente tipo penal, por visar objetivos outros, que abarcam aquele delito, deve ser considerado o delito-fim, em obediência ao Princípio da Consunção.

Portanto, a condenação do Apelante pelo estelionato deve se manter. Sinteticamente, na condição de Ordenador de Despesas, o Recorrente agiu e

se omitiu dolosamente com o fim de que, nas compras apontadas na Sentença, a Administração Militar fosse mantida em erro e, a partir daí, pagasse por bens nunca fornecidos, em claro prejuízo à Vítima, com consequente obtenção de vantagem indevida pelas empresas fornecedoras, que receberam contraprestação sem adimplir com sua parte da obrigação.

Ao fim, referentemente à redução da pena imposta, além da Defesa não haver disposto qualquer argumento concreto do porquê deveria ser revisado o cálculo, não se observa erro a motivar eventual diminuição. Nesse sentido, na primeira fase a pena foi aumentada do mínimo em 1 ano, pois foi considerado que a “extensão do dano” justificaria o incremento. Nitidamente, ao haver possibilitado 94 pagamentos indevidos distintos, a resultar em milhões de reais de prejuízo ao erário, acertado o *Decisum*.

Na fase seguinte, a aplicação das agravantes do art. 251, § 3º, e do art. 70, II, alínea “I”, ambos do CPM, não se apontam equivocadas no caso concreto, em que se cuida de militar que, ao tempo dos fatos, exercia função na Unidade locupletada e que, tão somente em razão dessa função, teve sucesso na empreitada. À última fase, observado que o Acusado restou condenado por 94 condutas passíveis de individualização, o emprego da fração máxima (2/3) pela continuidade delitiva se mostra consentâneo com a jurisprudência pátria.

Com essa última consideração, ao não se perceber ângulo que autorize a absolvição do Apelante, senão provas que atestam sua responsabilidade nos fatos criminosos descobertos, bem como por não prosperarem quaisquer das duas teses subsidiárias, resta forçosa a manutenção da condenação em seus exatos termos, como imposta na Sentença recorrida. Por isso, **nega-se provimento** ao Apelo, de forma integral, do **Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa**.

O Recurso seguinte foi interposto pela então Chefe do Almojarifado do HMAR, a **1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza**, condenada pela prática de *estelionato, corrupção passiva e subtração ou inutilização de livro, processos ou documento*. Além de debater o mérito de suas condenações, suscitou questões de ordem preliminar acerca de eventuais nulidades, temas os quais já receberam resposta neste Voto, motivo por que não voltarão a ser abordados.

Dito isso, a avançar diretamente ao mérito, a Apelante primeiro apresenta defesa em relação à suposta prática do delito de subtração de livro (art. 337 do CPM). Resumidamente, aponta a ausência de conduta ilícita pela Ré em ter procedido de tal forma, uma vez que somente o fez em autodefesa, ao perceber que o seu afastamento do serviço seria ilícito. Noutro flanco, afirma que a conduta imputada não se encaixa no referido tipo penal, pois o delito não seria passível de prática por militar enquanto nessa qualidade.

Quanto ao estelionato, compreende que sua condenação é incorreta em virtude da ausência de poder da Acusada na estrutura do HMAR. Como se perceberia do seu posto e patente, além do cargo que ocupava, ela seria totalmente subalterna às pessoas do Fiscal Administrativo e do Chefe de Divisão Administrativa. Por isso, mais do que não ser capaz de fazer acontecer todo estelionato apontado, ela inclusive haveria sido induzida em erro por seus superiores a agir de tal forma, ou seja, a fazer as Partes Requisitórias, não lançar no SISCOFIS os bens recebidos etc.

Em um cenário assim, afirma que inexistira dolo para a consecução dos delitos, bem como que, ainda que se entendesse ter ela agido com intenção, o caráter reduzido de suas atribuições demonstraria a inexistência de relevância causal do que fez ou deixou de fazer. Em outras palavras, as assinaturas que opôs em determinados documentos, os encaminhamentos que procedeu e demais irregularidades a ela imputadas, além de executados a mando, se retiradas da linha de ocorrências, não teriam impactado no sucesso dos estelionatos.

Ainda sobre o crime patrimonial, de forma subsidiária, agrega que a aplicação da agravante do § 3º do art. 251 acarreta um excesso, que pune duplamente o militar que pratica estelionato: primeiro, quando feito o enquadramento como crime militar e, por consequência, no art. 251 do CPM, pois eleva-se a pena cominada de 1 a 5 anos para 2 a 7 anos de reclusão; e, segundo, ao se aumentar mais ainda a pena em virtude da referida agravante.

Sobre o delito de corrupção, inicia com sustentação pela atipicidade dos fatos considerados. Sumariamente, compreende que os depósitos observados não estariam diretamente relacionados a eventual ato de corrupção da Ré, além de faltar elementar do tipo penal consistente em iniciativa do particular corruptor. Subsidiariamente, postula a desclassificação para a hipótese minorada do art. 308, § 2º, do CPM, e a aplicação do princípio da consunção, de modo a considerar o estelionato conglobado pela corrupção.

Ao último dos pedidos, caso mantida sua condenação, requer que desde logo seja alcançado o benefício do cumprimento da pena em “regime domiciliar”. A motivação para tanto decorreria do fato de a Acusada ser a única dos genitores a cuidar de duas crianças, de modo que, acaso seja recolhida a qualquer tipo local de apenamento, mesmo casa de albergado, o Estado acabará por colocar dois indivíduos menores de idade, ainda dependentes dos pais, em situação de abandono.

Discorridas as Razões, nenhuma merece prosperar.

Quanto à subtração de livro procedida pela Acusada, não se percebe razão que aponte pela impossibilidade da sua prática por militar da ativa, enquanto nessa condição. Respeita-se que o título do capítulo em que inserido o crime (Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração) pode

levar à crença que somente particulares possam praticar os tipos penais ali descritos. Ainda assim, percebe-se que a terminologia usada (“particular”) é meramente um indicativo de quem, em regra, seria o sujeito ativo, porém não obrigatoriamente.

Especificamente sobre o art. 337, essa falta de obrigatoriedade se denota pela ausência de previsão nas elementares do tipo de uma qualidade que o agente necessite deter. Isto é, o referido dispositivo em momento algum dita que só um particular (civil) pode ser o autor das condutas ali expostas, nem sequer implicitamente se percebe que a descrição típica indique que um militar nunca possa ser o agente praticante.

A bem da verdade, na hipótese abstrata dos autos, de militar que fez sumir livro pertencente à Administração Militar, em regra ocorreria a prática do delito previsto no art. 321 do CPM, pois se imagina que o militar detenha posse do livro que extraviou, já que ligado ao seu serviço. Não obstante, no caso dos autos, porque já afastada do cargo, em razão das investigações iniciadas contra ela, a Tenente não mais poderia estar licitamente na guarda do livro.

Nesse cenário, em que pese ainda se mantivesse no serviço ativo, percebe-se que a Oficial necessitou subtrair os documentos alvo, pois não mais se encontravam em sua posse ou guarda. Há, portanto, uma adequação subsidiária, o inverso da consunção criminosa: ao invés de um crime maior (estelionato) que congloba a ação de um menor (falso ideológico), observa-se um delito mais grave (art. 321) que não teve suas elementares inteiramente satisfeitas, porém, naquilo que foi efetivamente praticado há incursão no tipo penal menos grave (art. 337).

Ademais, no que diz respeito à não consumação do delito, em razão do sumiço não haver ocasionado repercussões no âmbito do HMAR, a eventual substituição do livro original por outro ou sua recuperação não elide a consumação. A Sentença foi clara em apontar os efeitos deletérios do praticado pela militar e, por consequência, a prática criminosa:

No que se refere ao crime de subtração ou inutilização de livro, processo ou documento restou plenamente demonstrado, tanto pelo Relatório de Inventário para Passagem de Cargos e Encargos do Almojarifado Central, datado de 24 ABR 12, no qual é mencionada a impossibilidade de confronto com a totalidade dos arquivos do Almojarifado, em virtude da ausência de muitos documentos de entrada e saída, que estavam na posse da ex-Ten IZABELLA (IPM- Evento 3, doc. 12, fls. 1094/1171), como pela própria acusada, quando, na Parte s/nº, data de 23 ABR 2012, dirigida ao Fiscal Administrativo, no item 2.7, afirma que estava com vários documentos não considerados pelo seu sucessor naquele primeiro documento (IPM- Evento 3, doc. 50, fls. 2553/2555).

Corroborando a prova documental, a testemunha ex-Ten OSÍRIS GÓES JÚNIOR, que, ao final de ABR 2012, assumiu a função de Almojarife,

ficando até JUN 2013, no lugar da ex-1ª Ten IZABELLA, esclareceu que não teve acesso a alguns documentos de controle de material do Almoxarifado, pois não estavam lá e sim em poder da 1ª Ten IZABELLA, tendo a testemunha solicitado verbalmente a devolução da documentação, por umas quatro oportunidades, sem que tivesse sido atendida (Evento 267, docs. 28/40).

Por desdobramento lógico, não se observa razão no argumento de que a Acusada agiu em “legítima defesa” ou em “autodefesa”, porque estaria acossada pela suposta ilegalidade de seu afastamento do serviço. Respeitado que a então militar pudesse se sentir injustiçada pelas investigações, ainda assim não se denota que a Administração Militar tenha exercido uma atribuição ilegal, nem que haja manejado com excesso, ao passo que o afastamento do servidor implicado em supostos delitos visa justamente evitar indevidas intromissões do Investigado, tal qual a ocorrida.

Não suficiente, caso a Ré estivesse com a razão, ou seja, estivesse correta acerca do caráter ilegal do afastamento sofrido, o caminho escolhido (furtar o livro) permanece como não adequado. Ao contrário, a Apelante poderia e deveria ter usado de expedientes defensivos, inclusive judiciais, como Mandado de Segurança, para, eventualmente, litigar por seu direito de permanecer no serviço, ou mesmo de acesso aos autos, para confirmar a higidez das investigações.

Logo, não bastasse a situação nitidamente ilícita em que se envolveu a Acusada, a opção por ela feita nunca estaria de acordo com o ordenamento e com a legalidade. A manutenção da sua condenação por incurso no art. 337 do CPM então se impõe, com o conseqüente improvimento do Apelo nesta parte.

Ao crime seguinte, na ordem em que abordado no Recurso, melhor sorte não assiste às teses da Recorrente. Relativamente a uma atipicidade das condutas da Ré ou mesmo a uma ausência de culpabilidade sua por estar unicamente a cumprir ordens, poder-se-ia dar razão para os argumentos defensivos, caso a situação dos autos fosse outra, pois, realmente, não se mostraria possível que a Chefe do Almoxarifado produzisse sozinha todos os delitos observados.

Não obstante, a responsabilização da Acusada, a despeito de eventual “irrelevância” das suas atribuições, ou mesmo das ordens que tenha recebido, decorre do reconhecimento de que as ações por ela praticadas atestam uma consciência delituosa e uma voluntariedade em participar do esquema. Exemplos disso são tanto as inúmeras Partes Requisitórias confeccionadas pela Ré, sempre em quantitativos absurdos, sem indicação do setor responsável da necessidade, quanto os recebimentos nitidamente fraudulentos feitos por ela.

Tais requerimentos por si só já atestariam a inexistência de uma obediência hierárquica válida, na condição de causa excludente da culpabilidade,

ao passo que as eventuais ordens que as justificaram estavam nitidamente imbuídas de ilegalidade. Em uma situação assim, a militar, em que pese subordinada, não deveria ter se permitido constranger em praticar atos ilegais, sem ao menos levar a conhecimento de outras autoridades, acima daquelas que a ordenavam, o que estava a ocorrer.

Ademais, a prova produzida nos autos não reforça ou fornece subsídio para essa teoria defensiva: não há demonstrativos claros de que a Chefe do Almoxarifado estivesse a ser pressionada pelo Fiscal Administrativo e/ou pelo Chefe de Divisão Administrativa para dar andamento a todas aquelas Partes Requisitórias fraudulentas. Ao revés, esses superiores fazem o jogo inverso, apontam a Ré como única responsável, pois ela teria poderes para escolher o que seria requerido e o que não, enquanto eles meramente fiscalizariam a higidez dos procedimentos.

Como dito, isso tudo é só um dos fatores que atestam o conluio criminoso em que se envolveu a Acusada, ao demonstrarem sua consciência da ilicitude perpetrada e seu consentimento. O recebimento dos produtos de forma simulada vem então para confirmar, do início ao fim, a fraude praticada, quando atesta que, além do ardid no início (na confecção das Partes Requisitórias), houve indução à Administração Militar em erro quando se afirmou falsamente que bens haviam sido recebidos sem que isso houvesse ocorrido realmente.

Ainda, os multicitados levantamentos, feitos na fase investigativa, esclarecem, além de qualquer dúvida razoável, a dissimulação produzida no Almoxarifado. Nitidamente, quantitativos foram dados como recebidos, os quais, posteriormente, não foram encontrados no depósito da Unidade (Auto de Constatação), e suas ausências não se explicam sequer com base em eventual consumo, pois aquele nosocômio não possuía consumo para tanto (DIEx 344-S2/7ª ICFEx).

Isso, então, só vem para afastar a tese defensiva da suposta irrelevância das condutas da Ré. Ao revés do que tenta induzir a Defesa da Tenente, percebe-se que as ações criminosas da Acusada foram fundamentais para o sucesso dos estelionatos descobertos: houvesse ela se negado a dar início às Partes Requisitórias, ou mesmo rejeitado lançar recebimento inverídico nas Notas Fiscais de produtos não entregues, o estelionato haveria falhado.

Em sintonia ao exposto quando da análise dos Apelos de outros dos Oficiais (Cel Mário Filho e Ten Cel Almeida), a verdade desnudada é que tamanho ideal delituoso somente foi bem-sucedido porque todos esses agentes públicos, em pontos estratégicos da estrutura do HMAR, ajuntaram-se para tanto. Se qualquer um deles houvesse minimamente fugido do ideal, os golpes perpetrados em 2011 contra o nosocômio não teriam se perfectibilizado, ou no máximo o dano causado seria menor.

Por essas linhas, a manutenção da condenação por estelionato se impõe, razão pela qual se avança para a análise da dosimetria, nos pontos em que questionada. Pela aplicação da agravante especial prevista no art. 251, § 3º, do CPM, percebe-se que não merece prosperar em razão de não existir *bis in idem*. Embora seja verdade que o delito de estelionato no CPM detém pena cominada superior àquela prevista no art. 171 do CP, o que, por si só, não configura um duplo agravamento decorrente de uma mesma causa.

Ser a pena prevista no CPM ou no CP mais alta revela uma escolha legislativa, a qual, salvo situações excepcionais, não justifica que o Poder Judiciário subverta tal opção. Exemplo oposto ao trazido pela Ré se observa na comparação entre os delitos de estupro previsto no Códex Castrense e naquele civil: enquanto o CPM se mostra, em certos termos, “indulgente” ao prever pena de 3 a 8 anos de reclusão, o CP, ao haver sido atualizado mais recentemente, pune de forma mais adequada ao determinar um mínimo de 6 anos por tal conduta.

Portanto, a verdade é que subsistem diferenças punitivas entre os dois Códigos Penais, que, concorde-se ou não, em si não revelam necessariamente um “agravamento” ou uma “minoração”, mas, sim, a princípio, uma definição mínima da punição a ser imposta pelo fato praticado. Essa percepção só ganha força ao se notar que a intenção do legislador ao tempo do atual CPM era colocar a pena do estelionato comum no mesmo patamar (2 a 7 anos), consoante se vê na redação do Decreto-Lei 1.004, de 1969, lei promulgada, mas que nunca entrou em vigor.

Dessa forma, quando o militar praticar conduta típica de estelionato, que se enquadra em hipótese de tipicidade indireta do art. 9º do CPM, e ainda o faz em atentado à Administração Militar (art. 251, § 3º), não há *bis in idem*. O que ocorre é somente o encaixe adequado consoante as disposições legais em questão. Observe-se que ao militar é possível incorrer no referido tipo penal, pela via do art. 9º, não somente ao ludibriar o erário castrense, mas também ao enganar colega da ativa (art. 9º, II, “a”) ou mesmo contra outras pessoas, se estiver em lugar inadequado (art. 9º, II, “b”, “c” e “d”).

Sublinhe-se que a situação é diferente em relação ao civil e ao militar reformado porque esses somente podem praticar o estelionato do art. 251 quando a vítima for a Administração Militar. Essa constatação se colhe do art. 9º, III, alínea “a”, única pela qual o indivíduo poderá ter a prática de estelionato reconhecida como crime militar, que, em sua descrição, demanda que “patrimônio sob a administração militar” ou “a ordem administrativa militar” sejam afetados. Isso foi devidamente destacado na Sentença a quo, pelo que se cita em reforço à argumentação acima:

O legislador penal militar, considerando os valores morais balizadores da atividade militar, previu, no § 3º do alusivo artigo 251 do CPM, uma causa especial de aumento de pena, quando o agente militar pratica a

conduta em detrimento da Administração Militar. Tal causa especial de aumento de pena, no entanto, não é aplicável ao agente civil, visto que o prejuízo à Administração Militar é elementar para o reconhecimento da natureza de crime militar, na forma do artigo 9º, inciso III, alínea “a”, do CPM.

Portanto, a agravante especial acima não se aplica aos acusados civis, uma vez que o dano à Administração Militar já foi a circunstância que fez com que a competência desta Justiça Especializada recaísse sobre eles, de modo que atribuir a agravante do §3º aos acusados civis seria um *bis in idem*.

Com isso, a manutenção da agravante se mostra consentânea com o ordenamento pátrio, de sorte que a dosimetria realizada, igualmente, não merece reparos.

Quanto à prática de corrupção passiva, denota-se, prontamente, que a alegação de eventual ausência de ato inicial de oferta pelo agente corruptor (civil Valdilson Lacke de Araújo) à Apelante é fator irrelevante para consumação do delito pela então militar. Como se percebe pela leitura do preceito primário do art. 308 do CPM, basta, para a consumação, que o servidor receba vantagem indevida ou aceite promessa, observados os demais requisitos referentes à correlação com o atual ou com o futuro cargo, independentemente de a vantagem beneficiar direta ou indiretamente o servidor, ou mesmo outrem:

**Art. 308.** Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Ou seja, quer o indivíduo corruptor ofereça ativamente a vantagem, conclamando o servidor a fazer algo mediante pagamento ou promessa, quer o próprio corrompido demande inicialmente a vantagem e a receba, ou então aceite promessa, o crime estará consumado e perfeito. Logo, uma vez constatada a correlação causal-criminosa entre os atos indevidos praticados pela Oficial em favor da empresa do civil (delineados no exame fático dos estelionatos) e as vantagens por esse dadas à militar via transferências bancárias, está configurada a corrupção passiva.

Se o que o corruptor praticou de fato configurou o crime correlato (corrupção ativa), é fato independente da corrupção em exame e, a bem da verdade, em certa medida irrelevante, pois o tipo em análise pode se consumir mesmo que não se consiga punir aquele que corrompeu ou ainda que não tenha ocorrido um ato de corrupção ativa. No sentido dessa última colocação, veja-se que a corrupção ativa demanda fim especial, consistente na obtenção, mediante o pagamento da vantagem indevida, que o servidor pratique, se omita ou retarde “ato funcional”.

Em virtude dessa finalidade específica, é possível a situação em que o indivíduo entregue valor ou presente indevido ao servidor, sem dele demandar alguma ação ou omissão em suas atribuições, e esse aceite tal benesse. Pela falta de demanda de uma prática, uma omissão ou um retardo, não restará configurada a corrupção ativa, enquanto a passiva, praticada pelo servidor, haverá se bastado no ato de recebimento daquilo que não lhe é devido, em virtude da sua função, fato que, mesmo que aparente menor gravidade, por si só já é gravoso à moralidade e à impessoalidade da Administração Pública.

Assim bem assevera Nucci em sua obra:

Porém, contrastando este tipo penal do art. 308 com a descrição típica feita no art. 309, nota-se que existe possibilidade de se configurar a corrupção passiva, sem que haja a corrupção ativa. Afinal, esta demanda o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida para que o funcionário faça ou deixe de fazer algo. Logo, a corrupção ativa é prévia à realização do ato. Ora, se um funcionário público receber, para si, vantagem indevida, em razão de seu cargo, configura-se, com perfeição, o tipo penal do art. 308, *caput*. A pessoa que fornece a vantagem indevida pode estar preparando o funcionário para que, um dia, dele necessitando, solicite algo, mas nada pretenda no momento da entrega do mimo. Ou, ainda, pode presentear o funcionário, após ter este realizado um ato de ofício. Cuida-se de corrupção passiva do mesmo modo, pois fere a moralidade administrativa, sem que se possa sustentar (por ausência de elementos típicos) a ocorrência da corrupção ativa. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 470)

Feito esse recorte, ao se retornar ao caso concreto, observa-se que a discussão é até mesmo inócua, pois, como dito acima, a presença de liame causal entre ações dos dois implicados (civil e militar) é clara. De forma simultânea aos pagamentos que recebeu injustificadamente da empresa (Sueste) de Valdilson Lacke de Araújo, a Ré, nitidamente, agiu e se omitiu para com suas atribuições e deu azo a prejuízos vivenciados pela Administração Militar em favor do referido Corrêu, que se beneficiou do pagamento por bens que não forneceu.

Neste ponto se lança mão da leitura feita na Sentença recorrida, a título de reforço argumentativo, bem como para evitar desnecessária repetição do exame probatório já efetuado pela Julgadora de piso no delineamento do fato criminoso em questão:

Assim, a vantagem indevida obtida pela ora acusada, nas aquisições da empresa SUESTE realizadas em 7 e 30 NOV 11 e em 5 e 23 DEZ 11 transcendeu aquela detectada nos atestes de recebimento das demais aquisições, tanto da empresa SUESTE, quanto das empresas DIFERENCIAL, IVELCO e UNIFARMA. Estas últimas aquisições fraudulentas se amoldam ao crime de estelionato, no qual a vantagem indevida foi a mesma dos

demais acusados, consistente na facilitação das correspondentes contratações, mediante o recebimento, seja em espécie, seja em produtos diversos dos contratados, seja em pagamentos de terceiros fornecedores, dos valores pagos pelas Notas Fiscais questionadas.

A oferta, pela empresa SUESTE, e conseqüente recebimento das quantias pela ora acusada criou um ambiente propício ao incremento das contratações desta Empresa, que se dispôs a dar um passo além das demais, fazendo com que o seu volume de contratos com o HMAR fosse bem superior ao verificado com as demais.

A tentativa de justificativa para os aludidos depósitos não encontram respaldo na prova dos autos, uma vez que as transferências bancárias apontadas não foram realizadas pela Empresa NOVAERA, apontada como cliente da empresa do marido da ex-1º Ten IZABELLA, mas, sim, pela empresa SUESTE. Ademais, as Notas Fiscais da empresa do marido da ora acusada foram emitidas nos meses de FEV, MAR e JUN 11, enquanto os depósitos recebidos indevidamente pela então Almoxarife do HMAR foram realizados nos meses de NOV e DEZ 11, bem como em JAN 12, conforme demonstrado acima.

Neste diapasão, ficou claro que o envolvimento financeiro do acusado empresário VALDILSON com a acusada ex-1º Ten IZABELLA sempre se fundou em papéis muito bem distribuídos: de um lado, os fornecedores e, de outro, aquela cuja função era zelar pela regular gestão de materiais, a Almoxarife. A confecção fraudulenta de Partes Requisitórias dissonantes das reais necessidades do HMAR, com os conseqüentes e igualmente falsos atestes de recebimento de materiais, mais do que mera ingenuidade, se traduz nos atos funcionais que possibilitaram os posteriores pagamentos, desejados pelos acusados empresários.

Por conseqüência do acima exposto, fica também afastada a tese subsidiária de desclassificação para a situação do § 2º do art. 308 do CPM. Em um primeiro momento, percebe-se o óbvio enquadramento do ocorrido na forma do *caput* do art. 308, com incidência da majorante prevista no § 1º, em virtude de haverem se ultimado os atos de ofício indevidos. Em segundo, mesmo que se tente, é forçoso concluir que não há prova nos autos que ateste que a Ré agiu indevidamente em relação às contratações de quaisquer das empresas, tão somente por “pedido ou influência de outrem”.

Ao fim desse tópico, sobre o pedido para que sejam as práticas de estelionato consideradas conglobadas pela de corrupção passiva, pois mais grave que o delito patrimonial, observa-se que o pedido não merece conhecimento porque já deferido na Sentença. Quanto a isso, por ser suficiente, transcreve-se o trecho do *Decisum* apelado em que se consignou expressamente que, em relação aos estelionatos praticados em proximidade aos depósitos indevidos por Valdilson Lacke de Araújo à militar, a condenação

era por corrupção, enquanto aos demais, não inseridos no intervalo de tempo dos pagamentos percebidos, configurou-se estelionato:

Logo, a confecção das Partes Requisitórias e atestes de recebimento realizados em 7 e 30 NOV 11 (fls. 5432, 5439, 5444, 5540 e 5577) e em 5 e 23 DEZ 11 (QSB-Evento 1, doc. 61, fls. 2699 e IPM - fls. 5571) estão diretamente ligados às vantagens recebidas pela acusada ex-1º Ten IZABELLA FALCÃO BENETTI, do acusado empresário VALDILSON, em um total de R\$ 5.484,00 (cinco mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais). Privilegiando o princípio da presunção de inocência, que exige uma certeza absoluta quanto a todos os elementos configuradores do delito, considera-se demonstrado e como parâmetro para a condenação as ocasiões em que efetivamente ocorreram os pagamentos das vantagens, por meio de transferências bancárias, registrados e detectados pela quebra de sigilo bancário, de modo a condenar pelo crime de corrupção passiva, em 5 (cinco) oportunidades, em continuidade delitiva, praticados em razão de atos de ofício em infração a dever funcional prevista no §1º do art. 308 do CPM.

Já as demais Partes Requisitórias e atestes de recebimento, tanto nas aquisições da própria empresa SUESTE (fls. 5546, 5550, 5554, 5596, 5637, 5690, 5645, 5649, 5407, 5559, 5591, 5604, 5665, 5694, 5411, 5414, 5417, 5421, 5425, 5516, 5520, 5525, 5527, 5534, 5543, 5563, 5580, 5640, 5652, 5655, 5670, 2929, 2934, 2938 e 2943); quanto das empresas DIFERENCIAL (fls. 396 e 6084), IVELCO (fls. 6366, 6371, 6375, 6379, 6384, 6396, 6428, 6432, 6437, 6443, 6455, 6490, 6494, 6499 e 6505) e UNIFARMA (fls. 86, 100, 107, 113, 339, 125, 130, 31, 38, 42, 45, 48, 52, 56, 145, 152, 158, 164, 169,173, 177, 62, 67, 72, 185, 193 e 200, 210, 217, 224, 230, 237, 256, 262, 278, 284, 289, 297, 302 e 294) configuraram o meio fraudulento para indução e manutenção da Administração Militar em erro, caracterizando, assim, por 92 (noventa e dois) vezes, em continuidade delitiva, o crime de estelionato, [...].

Ainda, caso o pedido da Ré tenha sido para que as 92 condutas de estelionato, citadas na transcrição acima, fossem consideradas conglobadas, é certo que não seria cabível em virtude da ausência de provas nesse sentido. Não obstante constatada a correlação entre os pagamentos recebidos pela servidora e a sua atuação irregular em favor da Sueste, essa observação, em razão da limitação da prova carreada, cinge-se aos períodos contíguos dos depósitos feitos à militar e dos atos indevidos por ela praticados.

Extrapolar tal raciocínio de modo a afirmar que toda e qualquer conduta errônea da Ré, no exercício da sua função, em face da empresa Sueste, tenha relação com tais pagamentos, além de dissociada de prova suficiente, seria igualmente equivocado por deixar de punir devidamente os atos praticados. Nesse sentido, veja-se que ficaram devidamente comprovados todos os estelionatos ocorridos, mesmo quando descoberta a conjunção de atos de corrupção.

Por consequência, aquelas circunstâncias (92) em que não houve descoberta ou apontamento, por qualquer outro indício, de que a Ré agiu impelida pelo recebimento de vantagem indevida, resta somente presumir que, no mínimo, visou ao sucesso dos crimes patrimoniais (estelionato) que beneficiariam as empresas. A pena decorrente, por força da constatação do concurso material entre o estelionato e a corrupção passiva, embora pesada, é nada mais que afirmação de justiça no caso concreto.

Diferentemente dos demais, a Acusada foi a única para quem se percebeu, com prova suficiente, que houvera pagamentos para prática de alguns atos de ofício de forma ilegal. Deixar de punir esses, ou mesmo “empurrar para debaixo do tapete” todas as demais irregularidades que ela praticou, equivaleria a uma benesse justamente em favor do agente que praticou crime mais grave (corrupção passiva).

Frisa-se que a benesse em questão decorria do fato de que a corrupção passiva somente se consuma com o recebimento de vantagem ou do aceite de promessa. Em virtude disso, a contagem do número de condutas somente muda consoante o número de “recebimentos” ou “aceites” constatados. Como resultado, caso todos os estelionatos dos quais a Ré foi partícipe, mas que não restaram coligados a nenhum recebimento indevido, fossem considerados conglobados, haveria somente 5 condutas de corrupção, ainda assim, tal qual sentenciado, pois essa é a quantidade de transferências percebidas.

Com esse detalhe destacado, compreende-se que resta claro o porquê de ser inviável a desconsideração das demais condutas direcionadas à prática de estelionato, mesmo que se faça uma limitação àqueles consumados em favor da Sueste, empresa de propriedade de Valdilson Lacke de Araújo. A prova no caso concreto, bem como o equacionamento da correta distribuição de justiça de acordo com as condutas praticadas justificam a aplicação procedida pelo Juízo *a quo*, o qual assim também asseverou na Sentença:

No caso ora em exame, é possível a existência de concurso material entre os crimes de estelionato e corrupção passiva, pois as vantagens indevidas obtidas por meio dos atestes realizados no período em que recebera os depósitos bancários do acusado VALDILSON é diferente daquelas almeçadas ao se confeccionar todas as demais Partes Requisitórias viciadas e ao se atestar falsamente o recebimento de todas as demais Notas Fiscais, sejam da própria empresa SUESTE, seja das demais empresas envolvidas.

Logo, por se referir a aquisições diversas no tempo e, em alguns casos, quanto aos próprios fornecedores, perfeitamente possível o concurso material entre os crimes de corrupção passiva e de estelionato, ambos praticados em continuidade delitiva pela ex-1ª Ten IZABELLA, sem que se possa falar na ocorrência de *bis in idem*.

Nesse sentido, cabe transcrever jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

EMENTA: APELAÇÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA. ESTELIONATO. [...] INDEVIDA VANTAGEM FINANCEIRA PAGA POR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. FAVORECIMENTO A MILITARES RESPONSÁVEIS PELAS EXECUÇÕES DE CONTRATOS NO ÂMBITO DO HOSPITAL MILITAR DE ÁREA DO RECIFE - HMAR. FALSAS DECLARAÇÕES DE ENTRADA E DE SAÍDA DE MATERIAIS DE INFORMÁTICA E HOSPITALARES DOS ALMOXARIFADOS. PRETERIÇÃO DOLOSA DE UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS SISCOFIS E SIMATEX DE CONTROLE DE ESTOQUE. LANÇAMENTOS EM BOLETINS MANUSCRITOS. DOCUMENTOS DESTRUÍDOS CONFORME NORMATIVO DA ORGANIZAÇÃO MILITAR EM DECORRÊNCIA DE PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA DE CRIMES. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DO CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. MANUTENÇÃO DAS ABSOLVIÇÕES. SUBSISTÊNCIA DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. DESPROVIMENTO DOS APELOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR E DAS DEFESAS. DECISÃO UNÂNIME. [...] Demonstrado nos autos que a “propina” paga pelos acusados civis garantia não apenas a participação de suas empresas na transação com a Administração Militar, como também o recebimento dos valores por mercadorias não fornecidas ou, se entregues, em quantidades menores. Valores esses que eram repassados ao oficial responsável pela fiscalização administrativa. Pela dinâmica dos fatos narrados na denúncia, é possível o concurso de crimes de corrupção (ativa ou passiva) com o crime de estelionato. Em relação à primeira figura típica, os autos não deixam dúvida quanto a isso, conforme se verifica da própria sentença condenatória. O estelionato ocorre no segundo momento da conduta perpetrada pelos acusados, ou seja, atestar falsamente nas notas fiscais o recebimento de material efetivamente não fornecido ou entregue em quantidade menor, induzindo a Administração Militar ao pagamento indevido desses valores. Além do comprovado descontrole administrativo, verificou-se um alto grau de promiscuidade com alguns fornecedores (doações, venda de veículos, patrocínios de eventos), tudo em desacordo com a ética e o zelo que devem pautar a administração da coisa pública, sobretudo no que diz respeito ao manuseio de dados financeiros. Por essa razão, não devem prosperar os recursos defensivos, haja vista a convergência da Sentença com as provas produzidas ao longo do processo. Negado provimento ao recurso do MPM, para manter a absolvição de todos os envolvidos quanto ao crime tipificado no art. 251, *caput*, do CPM, bem como aos recursos defensivos, para manter incólume as condenações dos envolvidos nos crimes de corrupção passiva e ativa, ambos tipificados nos arts. 308, § 1º, e 309, parágrafo único, do CPM. Declarada de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, considerada a data da consumação do fato e o recebimento da denúncia, com fundamento no art. 123, inciso IV, e 125, inciso V, e seu § 1º, c/c o art. 110, § 1º, do CP

comum, com a redação anterior à Lei nº 12.234/2010, benefício esse que alcança a todos os envolvidos nos crimes contra a Administração Militar à exceção do oficial responsável pela fiscalização administrativa. Decisão por unanimidade. (STM. AP 7000098-09.2019.7.00.0000. Rel. Min. William de Oliveira Barros. Julgado em 27.8.2020. Publicado em 9.9.2020).

EMENTA: APELAÇÕES. CRIMES DE CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. PRÁTICA DE ATO FUNCIONAL DE INCLUSÕES E ALTERAÇÕES NO SIGMA (SISTEMA DE GERENCIAMENTO MILITAR DE ARMAS) SEM O SUPORTE DOCUMENTAL NECESSÁRIO. OFERTA E RECEBIMENTO DE VANTAGEM FINANCEIRA INDEVIDA. A corrupção passiva é um delito formal e se consuma com a simples aceitação da promessa, sendo prescindível o efetivo recebimento da vantagem indevida, que consiste em mero exaurimento do crime. Exige sempre a iniciativa do corruptor, haja vista que o corrompido apenas aceita a promessa ou recebe a vantagem indevida, a qual pode ser qualquer lucro ou benefício ilícito, não se exigindo que possua conteúdo econômico. 2. A corrupção ativa é crime formal, cuja consumação independe do recebimento e da aceitação por parte do agente público. Logo, o mero ato de oferecer já faz com que o crime se consuma, sendo que a aceitação ou recebimento da vantagem indevida configura-se mero exaurimento, que faz existir mais um delito: a corrupção passiva. 3. A oferta e o recebimento de vantagens para a “simples” aceleração de processos já configuram os crimes de corrupção, uma vez que revelam que houve oferta, bem como o recebimento de vantagem indevida para a consecução do ato funcional, em detrimento da fila normal de usuários do serviço público, quanto mais em se tratando de uma situação em que não consta a documentação regular necessária para o trâmite administrativo. Recursos conhecidos e não providos. Decisão unânime. (STM. AP 7000905-92.2020.7.00.0000. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira. Julgado em 19.8.2021. Publicado em 10.9.2021).

EMENTA: APELAÇÕES. DEFESAS. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA (ARTS. 308 E 309 DO CPM). AUSÊNCIA DE LIGAÇÃO ENTRE OS ACUSADOS. INEXISTÊNCIA DO FATO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA. DESPROVIMENTO. DECISÕES UNÂNIMES. 1. Ficou comprovada a participação dos Acusados nos delitos de corrupção ativa e passiva. 2. Os Acusados aproveitaram-se de uma prática ilegal adotada na Organização Militar, consistente na aquisição de materiais de construção, por “notas a pagar”, antes da devida emissão da nota de empenho, para desviar bens e valores. 3. Restou demonstrado que o Graduado liquidou as notas fiscais sem se embasar em documentos aptos a comprovar a entrega à Administração Militar dos produtos por elas declarados. 4. O Graduado era chefe do Pelotão de Obras, agiu de maneira ilícita, quando recebeu indevidamente valores em sua conta e atestou, de maneira pseudônima, o recebimento de produtos de construção, que não ingressaram no Batalhão. 5. O comprovante da transferência bancária para a conta bancária do Graduado, oriunda da conta corrente da

Empresa de propriedade do Acusado civil, bem como o recebimento periódico de quantias “disfarçadas”, comprovam a relação espúria existente entre ambos os Acusados. 6. Quanto ao dolo, as circunstâncias concretas, permitem claramente vislumbrar o dolo nas condutas dos Agentes. 7. As condutas criminosas do Acusado militar somente se consumaram em razão da participação livre e consciente do Acusado Civil, sócio das empresas de material de construção. 8. O crime de corrupção ativa consumou-se quando o Acusado civil ofereceu vantagens ilícitas ao Graduado, em razão da função de Chefe do Pelotão de Obras, realizando transferência bancária por meio da conta corrente de sua Empresa e realizou periodicamente depósito de quantias “disfarçadas”, de acordo com a Quebra de Sigilo Bancário. 9. Os autos trazem uma série de incongruências nas justificativas apresentadas pelos Acusados. 10. As penas aplicadas aos Acusados se mostraram razoáveis, de acordo com a comprovação dos autos, não carecendo de reparos. 11. Negado provimento aos Apelos defensivos, para manter na íntegra a Sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Decisões unânimes. (STM. AP 7000786-68.2019.7.00.0000. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgado em 3.12.2020. Publicado em 30.12.2020).

Uma vez vencido o tópico recursal referente à prática de corrupção, em todos os itens relevantes suscitados pela Defesa, razão pela qual se mantém a condenação, passa-se ao último requerimento feito na Peça Recursal, referente ao deferimento de prisão domiciliar. Como descrito, a Acusada destaca ser mãe de duas pessoas menores de idade, pelas quais ela é a única responsável. Por conta disso, caso seja recolhida a um regime que a afaste do lar, as crianças/adolescentes restariam abandonadas.

Dito isso, sem óbice de eventual acerto teórico do pleito defensivo, observa-se que o requerimento não cabe ser conhecido neste instante, quando se está limitado a um Juízo de mérito referente à ocorrência do fato criminoso descrito na Denúncia. O requerimento subsidiário diz respeito a uma forma de cumprimento da pena, que será implementada, se for o caso, durante a fase de execução. Logo, trata-se de matéria afeta à fase executiva e, por consequência, ao Juízo a ela competente, o qual não é este Tribunal, ao menos não neste instante, pois se está a examinar Apelações contra condenações ainda não transitadas em julgado.

Ademais, no caso específico da Apelante Izabella, esta Justiça Militar da União sequer será competente para a futura execução da pena, se houver, pois ela não mais detém a condição de militar da ativa. Dessa forma, por força do disposto no art. 62 do CPM, o cumprimento da pena, em qualquer modalidade que seja (fechado, semiaberto, aberto, domiciliar etc.), deverá ocorrer em estabelecimento comum, destinado a civis, e estará a cargo da Justiça comum, seja federal, seja estadual, mas nunca desta Justiça Especializada.

Assim, por todos os fundamentos dispendidos acima, conclui-se que, com relação ao Recurso movido pela Apelante **Ten Izabella Xavier Falcão de Souza**, deve o **Apelo** ser **integralmente improvido** no mérito.

Passa-se à sexta Apelação, movida pelos Acusados **civis José Humberto da Silva** e **Keliane Michelle Martins de Araújo**. Além das teses preliminares, já vencidas anteriormente neste Voto, ao mérito ambos se indispõem com a Sentença a *quo*, a qual os condenou pelas práticas de *estelionato* por 15 vezes e pelo delito previsto no art. 96, III, da Lei 8.666/1993, por 13 vezes, cada qual em continuidade delitiva com os crimes de mesma natureza.

Sustentam que não estão preenchidos os requisitos elementares do tipo penal de *estelionato*, pois não teriam “agido com conduta ilícita dolosa”; não teriam “obtido vantagem indevida”; não teriam “induzido a erro, incutido, persuadido, enganado, agido com artifícios ardis ou maliciosos com ninguém”; “não agiram de forma fraudulenta ou de qualquer outro meio assemelhado”; e “não causaram prejuízo, perda ou dano alheio, especialmente, ao erário”.

Mais que isso, as provas seriam insuficientes para a condenação, principalmente no que diz respeito à consideração das diferenças entre o de fato encontrado no HMAR e o lançado no SISCOFIS, já que tal controle competia unicamente aos militares, e não aos fornecedores. Nessa linha, a absolvição se imporia pela dúvida razoável, fundamentada no art. 439, alínea “e”, do CPPM, bem como no princípio do *in dubio pro reo* e na garantia fundamental da presunção de inocência.

Ainda sobre o *estelionato*, também aduziram que seria aplicável a causa excludente da culpabilidade por inexistência de conduta diversa, pois os Corréus, nas circunstâncias em questão, não poderiam ter agido de outra forma, por força da estipulação contratual que detinham com o HMAR. No que concerne à dosimetria, questionaram que o referido tipo penal seria de caráter permanente, ou seja, a conduta seria única e se protrairia no tempo, de modo que não existiriam as 15 ações diferentes nem a continuidade delitiva aplicada.

Por fim, questionam a condenação pelo crime da Lei de Licitações, ao passo que compreendem que essa prática também não restou provada, e se insurgem contra o aumento das penas-bases na primeira fase da dosimetria, porque tal incremento não encontraria fundamento nas provas dos autos. Caso acatadas as modificações ao menos na dosimetria (rebaixamento ao mínimo legal e retirada da exasperação pela continuidade), pugnam pela concessão do benefício da suspensão condicional da pena.

Elencadas todas as Razões, passa-se ao exame. Respeitadas as colocações defensivas, o caderno probatório é suficiente em atestar não somente a fraude praticada, como o possível *quantum* indevidamente obtido e, por óbvio, o

prejuízo suportado pela Administração Militar. Nesse sentido, o casal de Acusados praticou os delitos apontados por meio das contratações vencidas pela empresa Ivelco, a partir do que, em conluio com os militares já citados, praticaram tanto estelionato quanto o crime licitatório.

Referentemente ao estelionato, se demonstra na constatação pericial (Auto de Constatação) o não fornecimento dos produtos comprados, visto que pouco ou nada do que teria sido entregue foi encontrado poucos meses depois. Além disso, a confissão pelos Réus de que forneceram bens diversos, vide os “romaneios” apresentados, somente torna mais inconteste a existência da fraude, ainda que tenham incorrido em outro delito (art. 96, III, da Lei 8.666/1993).

Acerca do que foi obtido illicitamente, a Sentença foi clara em dispor que, mesmo ao se prestar fé aos documentos produzidos pela Defesa, o valor total do que haveria sido “entregue” não alcança a metade do que o erário pagou em favor da empresa dos Acusados:

Poder-se-ia aventar que aqueles recibos que não guardaram simetria temporal com quaisquer das Notas Fiscais, de toda sorte, não teriam causado prejuízo à Administração Militar, uma vez que supostamente retratariam a entrada dos produtos ali indicados. Porém, tal argumento não resiste ao mero cálculo matemático, pois, **somados os valores pagos pela Administração Militar pelos produtos descritos nas Notas Fiscais questionadas, chega-se à quantia de R\$ 256.340,36** (duzentos e cinquenta e seis mil, trezentos e quarenta reais e trinta e seis centavos), **ao passo que a soma de todos os recibos apresentados resulta em R\$ 58.480,20** (cinquenta e oito mil, quatrocentos e oitenta reais e vinte centavos).

**Ainda que se some à quantia dos recibos o valor das já referidas “cartas de crédito”, R\$ 57.408,82** (cinquenta e sete mil, quatrocentos e oito reais e oitenta e dois centavos), **o que resulta em R\$ 115.889,02, não se consegue chegar àquele total das Notas Fiscais.**

Assim, **restou uma diferença de R\$ 140.451,34** (cento e quarenta mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e trinta e quatro centavos), **cujo destino permanece ignorado**, sendo certo que não há nos autos prova de que esta quantia consistiu na entrega de produtos diversos ou pagamentos de contas de outros fornecedores do HMAR. (Grifo nosso).

A partir do acima transcrito, aproveita-se para sublinhar que, tal qual nos casos que envolveram a empresa Unifarma, houve o uso das referidas “cartas de crédito”. Tais documentos, em que pese não possam ser considerados necessariamente inidôneos, no caso concreto ganham contornos fraudulentos porque, por um lado, estão associados ao comprovado não fornecimento dos produtos contratados, enquanto, por outro, restam dissociados da prova da satisfação do crédito neles descritos.

Em outras palavras, respeitado que inicialmente se poderia dar fé às cartas, elas perdem sua verossimilhança na situação, principalmente em razão de não se perceber que os seus valores tenham revertido de alguma forma para a Unidade Militar, seja por quitação, seja pela entrega de bens, seja pela devolução ao erário. Tudo isso, então, ao invés de surtir o efeito pretendido pela Defesa em atestar eventual atipicidade dos fatos, termina somente por confirmar a suspeita inicial, muito em razão da insuficiência dessas contraprovas.

Posto isso, a vantagem obtida e o prejuízo vivenciado restam indiscutíveis, pois a empresa (e os Apelantes conseqüentemente) se locupletou indevidamente com o pagamento por obrigações que nunca cumpriu. Sobre a elementar da fraude, na qual, então, se atesta o dolo voluntário e consciente dos Réus em ludibriar a Vítima (Administração Militar) e, com isso, amealhar a vantagem indevida, tem-se que os mesmos documentos retrocitados, conjugados com o restante do caderno probatório, são provas indelévels do conluio.

Nesse sentido, veja-se que ambos assinaram os ditos “recibos”, por meio dos quais fraudaram licitações ao entregar “uma mercadoria por outra” (art. 96, III, da Lei de Licitações), e confeccionaram Notas Fiscais de produtos que nunca foram realmente entregues. Em face dessas condutas, resta impossível compreender que o casal desconhecesse que agia de forma ilegal, tanto ao entregar algo diverso do contrato, quanto ao, simplesmente, deixar de fornecer o objeto licitado e somente ficar com o crédito.

Com isso, tem-se que as elementares para os dois delitos examinados se encontram demonstradas, o que as demais teses defensivas não logram êxito em afastar. A desorganização interna do HMAR, claramente, nada altera o cenário acima desenhado, pois os bens que a Ivelco deveria fornecer ou nunca foram fornecidos (*vide* o demonstrado pelo Auto de Constatação) ou outras coisas foram dadas no lugar de forma fraudulenta.

Mesma sorte segue a tentativa de aplicação da excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa: não há demonstração nos autos de que os agentes estivessem impelidos moralmente por qualquer motivo a fazer o que fizeram e, com isso, praticarem crimes. Agiram tanto conscientemente, o que demonstra o dolo, quanto de forma totalmente voluntária, pois nada ou ninguém controlava suas condutas, fosse por meio de ameaça, fosse por qualquer outro modo de constrangimento.

O argumento do caráter permanente do delito de estelionato, igualmente, não prospera. Como examinado anteriormente neste Voto, os estelionatos perpetrados no HMAR decorreram de condutas individualizáveis, consoante o documento fiscal usado para, falsamente, indicar a entrega e o recebimento de produtos. A apresentação de cada uma das Notas dependeu de ação consciente e opcional dos envolvidos em, por meio delas, ludibriar a Administração Militar a entregar valores indevidamente.

A permanência, em tal circunstância, dependeria de o ardil usado haver sido singular e de que as vantagens recebidas se originassem dessa única conduta, sem novos empreendimentos fraudulentos para obter pagamento ou a manutenção da benesse indevida. Cada conduta voltada a causar fraude, que esteja separada temporalmente da anterior e da seguinte, demonstra, na verdade, um novo intento criminoso, que pode, inclusive, falhar e não se consumir (tentativa).

Dessa forma, ao contrário, por exemplo, de um estelionato previdenciário, frequentemente examinado por este Tribunal, o caso destes autos não revela uma situação de permanência delituosa, no sentido jurídico do termo. Ao contrário, mostra, de fato, uma continuidade, como preveem o art. 80 do CPM e o art. 71 do CP, pois os Acusados repetiram ações criminosas (tanto do tipo penal licitatório quanto do estelionato) em condições quase idênticas “de tempo, lugar, maneira de execução”.

Afastada essa última tese, tem-se que as condenações dos ora Recorrentes ficam mantidas nos exatos termos da Sentença, em relação aos dois delitos diferentes e no que toca ao número de condutas imputadas. Por fim, o *quantum* das penas fica mantido hígido também, pois, além de não questionados, não houve qualquer incremento ao tempo, salvo a exasperação pela continuidade delitiva, instituto o qual, como examinado logo acima, mostra-se adequado em sua aplicação.

Assim, voto pelo **desprovimento do Apelo** movido pelos Recorrentes **José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo**.

O último Apelo, interposto em conjunto pelos sócios da empresa Diferencial, **1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior**, busca a reforma da condenação por duas condutas de estelionato, praticadas, supostamente, por meio das Notas Fiscais 969 e 1.180. A partir dessas, em que se declarou um fornecimento fictício dos bens ali indicados, com o apoio dos agentes estatais já citados no decorrer do Voto, sucederam em ludibriar a Administração Militar e obter vantagem indevida consistente no pagamento pelos produtos nunca entregues a contento, em prejuízo da Vítima.

De forma objetiva, o Recurso é dividido, inicialmente, em duas teses principais, uma para cada Nota Fiscal que resultou em suas condenações. A iniciar por aquela de número 969, aduzem que a investigação policial nunca sequer apurou que bens estariam indicados em tal documento fiscal e, por consequência, também não efetuou levantamento da existência ou não desses no Almoarifado. Assim, por simples extensão da própria leitura exposta na Sentença em relação a outras 24 Notas Fiscais da mesma fornecedora, se não houve a constatação da efetiva ou não entrega, impossível que se impute tal irregularidade aos Acusados.

Ademais, os problemas internos do HMAR com o lançamento dos produtos adquiridos no SISCOFIS não poderiam prejudicar aos Apelantes, visto que sobre essa etapa eles não mais detêm posse ou controle sobre os bens que, segundo afirmam, forneceram integralmente. Logo, mesmo que realmente não encontrados os objetos listados na referida Nota Fiscal, seria irrazoável determinar que tal sumiço tenha relação com alguma conduta dos Recorrentes.

A respeito da nota fiscal seguinte, relatam que, realmente, os produtos nela descritos não foram fornecidos, porém por escolha do próprio HMAR, que solicitou o cancelamento do pacto. Em consequência, os Réus procederam com o cabível cancelamento da Nota Fiscal em questão junto à Secretaria Estadual da Fazenda de Pernambuco, fato que, em sua defesa, indicaria verossimilhança da narrativa em exposição.

Ainda assim, relatam que o valor referente ao citado documento fiscal veio a ser depositado na conta da Empresa. A partir disso, ao buscarem solução junto ao nosocômio, teriam então recebido direcionamento do Ten Cel Almeida, Fiscal Administrativo, para manterem o valor recebido e o usarem para quitação de credores do HMAR, de modo a não se perder o montante. Em virtude disso, afirmam terem quitado R\$ 119.498,00 de dívidas do HMAR para com terceiros, enquanto o restante dos R\$ 150.632,00 foi usado por eles para compensar parte dos R\$ 62.829,67 que o Hospital deveria à Diferencial.

Em face desse quadro, embora tenham recebido indevidamente os R\$ 150.632,00, visto que o fornecimento que justificaria esse pagamento (NF 1.180) foi cancelado, sustentam que não efetivaram embolso da vantagem, nem prejuízo ao erário, pois se empregou tal valor para quitação de dívidas detidas justamente pela Administração Militar. Dessa forma, mais de 150 mil reais teriam sido empregados de forma devida, ainda que fora da estrita legalidade.

Expostas essas duas linhas principais, a título absolutório, os Apelantes ainda suscitam argumento pela ausência de dolo de estelionato em suas ações, principalmente porque agiram tão somente em razão do direcionamento recebido a partir do Fiscal Administrativo da Unidade. Em somatório, insistem que, especificamente no caso da NF 1.180, eles teriam feito a entrega do descrito no documento e que a não localização dos bens se deu por força do cancelamento feito pelo HMAR e pelo consequente retorno dos objetos aos fornecedores originais, tudo a reforçar a tese de ausência de dolo de fraude em suas condutas.

Subsidiariamente, postula a Defesa que, caso não absolvidos, seja feita desclassificação para a hipótese do art. 331 (aplicação ilegal de verba ou dinheiro) ou do art. 339 (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência), ambos do CPM. Como fundamento, os Apelantes resgatam o argumento fático de que não teriam verdadeiramente obtido vantagem na situação descrita, mas sim e unicamente reempregado, conforme direcionamento do Corréu Ten Cel

Almeida, o montante erroneamente depositado para pagar outros fornecedores do HMAR e para saldar o préstimo de outros produtos ao mesmo Hospital.

Por fim, na dosimetria, destacam que o Juízo de piso aumentou, na primeira fase do cômputo, a pena-base do mínimo legal para 2 anos e 3 meses, sob os fundamentos da personalidade dos Acusados, por serem militares da reserva, e da extensão do dano. Em discordância à leitura retro, demandam refazimento do cálculo, de modo que o tempo de sanção, nessa primeira parte do método trifásico, seja mantido no mínimo.

Resumidos os argumentos dos Recorrentes, merecem os absolutórios integral provimento.

Na ordem estabelecida no Recurso, acerca da Nota Fiscal 969, decorrente da Parte Requisitória 212, assiste razão à Defesa quando afirma que as perícias conduzidas na fase policial falharam em investigar essa aquisição. Nesse sentido, percebe-se que nem o MPM, quando requisitou apurações pela autoridade policial (Of. 40/2012-ContPro/PJM/Recife/PE), nem os órgãos investigativos, ao efetuarem os levantamentos multicitados no decorrer deste Voto (Auto de Constatação, DIEx 344-S2/7ª ICFEx etc.), trabalharam para apurar justamente essa compra.

Inclusive, o próprio Juízo de piso, ainda que de forma implícita, também apontou esse problema. Como se retira da fundamentação feita para examinar os fatos relacionados às compras da empresa Diferencial (páginas 63 a 73 da Sentença), a Julgadora, em nenhum instante, descreve o que se adquiriu com os R\$ 6.427,72 (*mouses*, processadores e fontes de alimentação), nem como conseguiu determinar que esses bens nunca entraram no HMAR, visto que, segundo recém-dito, as perícias feitas no IPM não examinaram tal aquisição.

A bem da verdade, a Magistrada a *quo* provavelmente tenha incorrido em um lapso ao insistir no exame e na condenação quanto a tal fato. Em relação a mais de 20 outras Notas Fiscais ligadas à Diferencial, em seu *Decisum*, ela própria percebeu que a falta de apuração adequada na fase inquisitorial (Autos de Constatação etc.) impossibilitava que se avançasse no exame do caráter fraudulento das compras. Transcreve-se o trecho retro sintetizado, a fim de permitir a conferência:

O argumento não deixa de ter peso, pois, ressalvada a quantidade de Notas Fiscais, que, na realidade, vão além daquelas 3, totalizando 6 Notas Fiscais atinentes a material de informática, **não houve uma perícia ou auditoria voltada especificamente para a análise dos materiais de expediente fornecidos pela empresa DIFERENCIAL. Todos os Relatórios de Auditoria realizados pela 7ª ICFEx (IPM-Evento 3, doc. 12, fls. 942/951; doc. 14, fls. 1364/1400) e até mesmo o Auto de Constatação realizado (IPM-Evento 3, doc. 10, fls. 705/719; Evento 3, doc. 32, fls. 2006/2020), além do Relatório de Inventário para Passagem de Cargos e Encargos**

**do Almoarifado Central** (IPM- Evento 3, doc. 12, fls. 1094/1171), reconheceram a divergência entre o que fora formalmente licitado e o que efetivamente havia no HMAR.

Portanto, ao longo da fase policial, bem como da instrução processual, **vários documentos foram juntados fazendo referência ao quantitativo fisicamente existente no Almoarifado, em confronto com o que fora registrado no SISCOFIS. Todavia, no que se refere à empresa DIFERENCIAL, não há dados conclusivos quanto às Notas Fiscais relativas a material de expediente**, pois, diferentemente do que ocorreu com os produtos fornecidos pela empresa SUESTE, alvos de várias auditorias realizadas pela 7ª ICFEx, não há relatório desta Inspeção que tenha abarcado os materiais fornecidos pela empresa ora analisada.

O único documento que faz um confronto de todo o material constante do Almoarifado Central, seja de expediente, seja de informática ou mesmo medicamentos, é o Relatório de Inventário para Passagem de Cargos e Encargos do Almoarifado Central, que o faz de forma genérica, sem atrelar o material aos correspondentes fornecedores e Notas Fiscais (IPM- Evento 3, doc. 12, fls. 1094/1171).

Se a desordem administrativa do HMAR dificultou o trabalho dos peritos quando da elaboração daquelas auditorias, não se pode negar que, sem a atividade deles, **a materialidade delitiva quanto aos materiais de expediente fornecidos pela empresa DIFERENCIAL fica prejudicada.** (Grifo nosso).

Veja-se que, a partir do exposto, aparenta a Magistrada ter pressuposto que em razão da NF 969 tratar de materiais de informática, e não de expediente, haveria sido procedida perícia sobre ela. Entretanto, como acima destrinchado, os materiais relacionados naquela Nota, ainda que considerados como de informática, realmente não foram periciados. Logo, qualquer conclusão, principalmente se voltada à condenação dos Acusados, estará carente de prova da materialidade.

Pela força desse falho quadro probatório, que claramente resultou em uma equivocada condenação, resta somente prover o Apelo neste ponto, de modo que, em relação ao estelionato coligado à NF 969, sejam os dois Apelantes absolvidos. Aplica-se, na hipótese, o art. 439, alínea “a”, do CPPM, para fundamentar a absolvição, porque, mesmo que se desconfie das negociações feitas com a empresa dos Réus, a situação processual simplesmente atesta “não haver prova” da existência do estelionato.

Ao tópico seguinte do Recurso, em relação à NF 1.180, persiste a falha probante, ainda que em menor medida. Sobre essa, como apontado antes neste Voto, compreendeu o Juízo que a falta de comprovação de que o valor recebido (R\$ 150.632,00) fora integralmente usado para pagar outros credores do HMAR, ou mesmo compensar com dívidas perante a Diferencial, tornou

certo o caráter indevido da vantagem recebida. Assim, a condenação por estelionato seria uma consequência lógica.

Respeitada a leitura feita na Sentença, é inevitável que a contraprova da Defesa surte efeito de manchar de dúvida a tese acusatória. Nesse sentido, como o próprio Juízo observou, os valores pagos pela Diferencial a terceiros credores do nosocômio somam quase 120 mil reais. Fora isso, os Réus trouxeram documentos que indicam ter a Diferencial fornecido outros quase 63 mil reais em materiais variados, de expediente em sua imensa maioria.

Sem que exista prova de outros valores recebidos indevidamente, percebe-se que, na verdade, a referida empresa pode, inclusive, ter sofrido um desfalque, visto que, somados os montantes exatos, chega-se a algo por volta de R\$ 182.237,67, bem acima dos 150 mil reais transferidos erroneamente. Veja-se que, se considerasse indevido o pagamento da NF 969, ainda assim se chegaria a um máximo de R\$ 157.059,72 pagos, supostamente, de forma irregular.

Além disso, mesmo em relação ao fornecimento original exposto na NF 1.180, a Defesa trouxe prova da regularidade. Sobre isso, em que pese os produtos indicados tenham sido rejeitados pelo HMAR, por desistência após o recebimento, percebe-se a idoneidade da narrativa dos Réus (de que realmente forneceram) ao se denotar que, um, eles cancelaram a referida NF junto ao Fisco Estadual, conduta nitidamente diferente de todos os demais fornecedores envolvidos, nenhum dos quais assim procedeu.

E, dois, que os produtos indicados na NF 1.180 haviam sido previamente adquiridos com um subfornecedor da Diferencial, a “Informática Tchê Ltda - ME”, conforme Nota Fiscal dessa empresa (NF 2731) acostada aos autos. Ou seja, embora esses dois fatos não sejam provas absolutas de inexistência de fraude, não podem ser ignorados na condição de indicativos da verossimilhança da narrativa defensiva, inclusive porque não foram infirmados por qualquer outra prova da Acusação.

Leitura quase idêntica fez a Magistrado de piso, que, nesse momento, pareceu até mesmo se direcionar em favor da absolvição dos envolvidos:

Documento interessante é a Nota Fiscal do fornecedor da empresa DIFERENCIAL, na qual são descritos produtos semelhantes aos descritos na Nota Fiscal nº 1.180, que fora cancelada, **o que demonstra a intenção de fornecer efetivamente os produtos contratados pelo HMAR, indicando a possibilidade de ter ocorrido a efetiva entrega** (Evento 852, doc. 4). (Grifo nosso).

Em linha com essa última colocação, sublinha-se que o acima exposto não equivale a dizer que a Defesa fez prova cabal e incontestável de que não existiu fraude na negociação questionada. O que se afirma é tão só que, trazida prova inicial de possível estelionato na Denúncia, a contraprova dos Acusados,

indiscutivelmente, retira a certeza anterior e, ao se somar à inércia dos Órgãos persecutórios, acaba por justificar a absolvição por força da dúvida razoável lançada, fundamentada no princípio do *in dubio pro reo*.

Sobre a inércia citada, pode-se apontar a falta de procura do MPM, seja ao tempo do inquérito, seja na instrução processual, em tentar questionar os terceiros supostamente pagos pela Diferencial a mando do HMAR, se porventura seria mentirosa a afirmação feita pelos Acusados. Ainda, o *Parquet* também não envidou esforços em proceder com igual verificação quanto aos materiais de expediente, os quais teriam sido fornecidos anteriormente pela Diferencial e que depois foram compensados em parte dos 150 mil reais recebidos erroneamente.

Especialmente sobre esses materiais, rememora-se que a falta de perícia acerca do fornecimento de bens dessa natureza foi justamente o motivo que levou a Juíza a desconsiderar vários dos fatos inicialmente apontados na Denúncia. Nesse cenário, tal lógica se impõe agora também, porque, se nas outras mais de 20 Notas Fiscais não se pôde determinar a materialidade delitiva pela falta da perícia, resta, igualmente, impossível afirmar que os materiais de idêntica qualidade indicados pela Defesa não tenham sido entregues.

A tudo isso só vem crescer os testemunhos de idoneidade feitos por militares de outras Unidades (3º Sgt Victor Cesar Ferreira Paixão, SO Cassia Aparecida Fiari Tigre e Cap R/1 Alexandre Fernandes Silva Neto), que também contrataram a Diferencial. Esses, em uníssono, afirmaram que a empresa nunca falhou nas entregas contratadas nem simulou acerca do fornecimento. Embora tal prova, em regra, fosse fraca se sozinha, no caso dos autos, ao se juntar às demais já apontadas, só vem a tornar ainda mais irrazoável a vacilante tese acusatória.

Com essa última colocação, tem-se então por forçosa a modificação do *Decisum* também em relação a essa condenação (fundada na suposta fraude envolvendo a NF 1.180), pois o caderno probatório se tornou demasiadamente instável e incerto para fornecer a certeza que justificaria a condenação dos ora Recorrentes. Entretanto, porque aqui houve prova inicial da possível ilicitude, a absolvição se impõe com fundamento na alínea “e” do art. 439 do CPPM, e não na “a”, como no caso anterior.

Transcreve-se jurisprudência desta Corte castrense nesse sentido:

APELAÇÃO. ESTELIONATO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. PROCEDIMENTO DA CHAMADA “QUÍMICA” EM HOSPITAL MILITAR. ADEQUAÇÃO TÍPICA AO CRIME DE APLICAÇÃO ILEGAL DE VERBA OU DINHEIRO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELO JUÍZO “A QUO”. [...] Os elementos trazidos ao processo revelam apenas a presença de indícios da prática de estelionato, não sendo suficientes para sustentar um decreto condenatório pela simples razão de faltar a comprovação do principal elemento do tipo,

qual seja, o recebimento pelos agentes de qualquer vantagem ilícita. A diferença detectada pelo laudo contábil judicial pode estar relacionada com os procedimentos realizados em pacientes no âmbito do HGeCG. Por tal razão, subsiste a dúvida em favor dos acusados, impondo a manutenção da sentença absolutória. [...]. (STM. AP 0000010-05.2005-7.09.0009. Rel. Min. William de Oliveira Barros. Julgado em 14.5.2013. Publicado em 23.5.2013).

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ESTELIONATO. VIOLAÇÃO DE DEVER FUNCIONAL (ARTS. 251 E 320 DO CPM). PRELIMINAR. DEFESA. NÃO CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. MÉRITO. ESTELIONATO. PROVAS PERICIAIS E DOCUMENTAIS CONFLITANTES. CONTRAPROVA PRODUZIDA PELA DEFESA. VIOLAÇÃO DE DEVER FUNCIONAL. IMPROCEDÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL CONTRÁRIA. [...] 2. O MPM baseia-se em laudos periciais e pareceres técnicos que não são harmônicos e possuem elementos conflitantes, não sendo suficientes para sustentar um decreto condenatório com a certeza que exige o processo penal. 3. A distância temporal entre os fatos apurados e as perícias, as incongruências entre os laudos e a imprecisão das conclusões comprometeram os documentos como prova da materialidade do crime. 4. A Defesa obteve êxito em produzir contraprova ao trazer à colação laudo e conclusões produzidas na Sindicância e no seu Recurso. 5. A obtenção da vantagem ilícita é indispensável para a consumação do delito de estelionato, além da existência do elemento subjetivo do tipo. Tais elementares não foram demonstradas. 6. A Acusação não logrou êxito em demonstrar conluio ou combinação entre os Acusados para, mediante fraude, obter a vantagem ilícita. 7. Quanto à demonstração da prática do crime previsto no art. 320 do CPM, testemunhas declararam que não havia, por parte do Comandante, imposição para que os seus comandados contratassem o serviço de lavanderia. 8. Apelo desprovido. Decisão por maioria. (STM. AP 7001359-09.2019.7.00.0000. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Julgado em 10.6.2021. Publicado em 23.6.2021).

**Provido o Apelo para absolver os 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e Urionilo de Santana Júnior** das duas únicas condutas pelas quais foram condenados, resta prejudicado o Recurso em relação aos demais pedidos, referentes à desclassificação para os crimes previstos no art. 331 e no art. 339, ambos do CPM, e ao refazimento da dosimetria, visto que subsidiários.

Ainda, em virtude do efeito extensivo (art. 515 do CPPM), as duas absolvições devem ser estendidas a todos os demais Réus que tenham sido condenados por envolvimento nos supostos estelionatos. Sobre esses, observa-se que os únicos afetados são os Acusados militares que interferiram nessa específica suposta fraude e que por ela foram condenados, já que os demais civis e militares, sócios das outras empresas, somente foram partícipes ou coautores dos delitos ligados às suas empresas.

Por isso, restam **absolvidos** os Apelantes **Ten Izabella, Cel Mário Filho** e **Ten Cel Almeida** desses dois delitos. Assim, reduz-se das originais 92 (Izabella) e 113 (Coronel e Tenente-Coronel) condenações por estelionato para 90 e 111, o que, porém, em nada mais altera suas condenações, nem em relação à fração de exasperação pela continuidade delitiva, porque os totais de condutas prosseguem elevados e isso justifica o patamar imposto a eles (2/3).

Pelo todo exposto, voto:

- a. pelo **conhecimento** de todos os sete Recursos interpostos;
- b. pela **rejeição** da preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, suscitada pelo Ten Cel Luiz Alberto de Almeida Braga;
- c. pela **rejeição** da preliminar de cerceamento de defesa, suscitada pelo ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, por Andréia Carla Martins Cavalcanti e por Flávio Francisco da Silva;
- d. pela **rejeição** da preliminar de nulidade por não conhecimento dos Embargos de Declaração em primeira instância, suscitada pela 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza;
- e. pela **rejeição** da preliminar de nulidade da auditoria contábil, suscitada pela 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza;
- f. pela **rejeição** da preliminar de nulidade do Inquérito Policial Militar, suscitada pela 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza;
- g. pela **rejeição** da preliminar de nulidade da Sentença, por cerceamento de defesa, suscitada por José Humberto da Silva e por Keliane Michelle Martins de Araújo;
- h. pela **rejeição** da preliminar de prescrição da pretensão punitiva, suscitada por José Humberto da Silva e por Keliane Michelle Martins de Araújo;
- i. pela **rejeição** da preliminar de nulidade absoluta, por violação ao princípio do juiz natural, decorrente da incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para processar e julgar a causa;
- j. no mérito, pelo **desprovimento** do Apelo movido pelo Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga; do Apelo movido conjuntamente pelo Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho e por Valdilson Lacke de Araújo; do Apelo movido pelo Cel Newton Figueiredo Corrêa; do Apelo movido pela 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; e do Apelo movido conjuntamente por José Humberto da Silva e por Keliane Michelle Martins de Araújo, de modo a manter, na íntegra, a Sentença por eles recorrida;
- k. no mérito, pelo **provimento** do Apelo movido em favor de Flávio Francisco da Silva, para, ao mudar a Sentença recorrida, absolvê-lo com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM;

l. no mérito, pelo **desprovimento** do Apelo interposto em relação ao ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho e à civil Andréia Carla Martins Cavalcanti, de modo a manter, na íntegra, a condenação imposta em 1º grau;

m. no mérito, pelo **provimento** do Apelo movido conjuntamente pelo 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e pelo 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior, para, ao mudar a Sentença recorrida, absolver ambos da integralidade da condenação a eles imposta;

n. pela **extensão** das absolvições indicadas no item acima aos Corréus Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga, Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho e 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza, nos estritos limites da fundamentação exposta neste Voto, forte no efeito extensivo previsto no art. 515 do CPPM, mantidas as condenações dos três em todo o restante, inclusive no *quantum* de pena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de Julgamento por videoconferência, sob a presidência do Senhor Ministro José Coêlho Ferreira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento da defesa referente à Auditoria Não Programada e Perícia Contábil, ambas da 7ª ICFEx, suscitada pela Defesa do Apelante Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento da defesa referente à não juntada de documentos relativos à entrada e saída de medicamentos suscitada pela Defesa dos Apelantes ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho, Andréia Carla Martins Cavalcanti e Flávio Francisco da Silva, uma vez operada a preclusão consumativa; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade por não conhecimento dos Embargos de Declaração em primeira instância suscitada pela Defesa da Apelante 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade da auditoria contábil suscitada pela Defesa da Apelante 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade do Inquérito Policial Militar suscitada pela Defesa da Apelante 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza, visto que o referido Inquérito foi fundamentado em denúncia anônima e não houve apuração prévia; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento da defesa, referente à não juntada de documentos relativos à entrada e saída de medicamentos uma vez operada a preclusão consumativa, suscitada pela Defesa dos Apelantes José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de prescrição da pretensão punitiva relativa ao crime do art. 96, inciso III, da Lei 8.666/1993, com fundamento no art. 125, inciso V, c/c os parágrafos 1º e 5º, do CPM, suscitada pela Defesa dos Apelantes José Humberto da Silva e Keliane Michelle Martins de Araújo; e, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de nulidade absoluta, por incompetência do Juiz Federal da Justiça Militar para

processar e julgar a causa singularmente, arguida em tribuna pela Defesa do Apelante Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga. Em seguida, no mérito, por unanimidade de votos, em decidir: pelo **desprovemento** do Apelo movido pelo Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga; pelo **desprovemento** do Apelo movido conjuntamente pelo Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho e por Valdilson Lacke de Araújo; pelo **desprovemento** do Apelo movido pelo Cel R/1 Newton Figueiredo Corrêa; pelo **desprovemento** do Apelo movido pela 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza; e pelo desprovemento do Apelo movido conjuntamente por José Humberto da Silva e por Keliane Michelle Martins de Araújo, de modo a manter na íntegra a Sentença por eles recorrida; pelo **provemento** do Apelo movido em favor de Flávio Francisco da Silva, para, ao mudar a Sentença recorrida, absolvê-lo com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM; pelo **desprovemento** do Apelo interposto conjuntamente pelo ex-1º Ten R/1 Gentil de Oliveira Cavalcanti Filho e por Andréia Carla Martins Cavalcanti, mantidas, na íntegra, as condenações de ambos; pelo **provemento** do Apelo movido conjuntamente pelo 1º Ten R/2 Stanley de Oliveira Cipriano e pelo 1º Ten R/2 Urionilo de Santana Júnior, para, ao mudar a Sentença recorrida, absolver ambos da integralidade da condenação a eles imposta; e pela **extensão** das absolvições indicadas no item acima aos Corréus Ten Cel R/1 Luiz Alberto de Almeida Braga, Cel R/1 Mário Pereira do Nascimento Filho e 1º Ten R/2 Izabella Xavier Falcão de Souza, nos estritos limites da fundamentação exposta neste Voto, forte no efeito extensivo previsto no art. 515 do CPPM, mantidas as condenações dos três em todo o restante, inclusive no *quantum* de pena.

Brasília, 18 de novembro de 2021 – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz,  
Ministro-Relator.

---

---

**APELAÇÃO Nº 7000833-08.2020.7.00.0000**

---

Relator: Min. Alte Esq Celso Luiz Nazareth.

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

Apelante: Henrique José Amazonas Rodrigues.

Apelado: Ministério Público Militar.

Advogado: Dr. Jorge Evanildo Morais Rodrigues (OAB: RJ70356).

---

**EMENTA**

APELAÇÃO. DEFESA. PECULATO-APROPRIAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. BENS OBJETO DA APROPRIAÇÃO DE VALOR INFERIOR A VINTE VEZES O SALÁRIO-MÍNIMO. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO § 1º DO ART. 303 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO UNÂNIME.

1. A conduta típica do peculato se aperfeiçoa quando o agente público se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha a posse ou a detenção, em razão do cargo ou comissão, ou o desvia em proveito próprio ou alheio.

2. O Apelante, no período de 2017 a 2019, apropriou-se, indevidamente, de vários bens pertencentes ao Exército Brasileiro, que se encontravam em sua posse ou detenção, em razão do cargo que ocupava, com o intuito de vender ou emprestar o material para terceiros, como se aludidos bens fossem de sua propriedade, praticando vários crimes de peculato-apropriação, uma vez que, no período referenciado, era o responsável pela Reserva de Material, tendo contato direto com materiais militares que constavam em carga ou eram retirados de carga, o que facilitou a sua empreitada, restando configurada, assim, a conduta típica descrita no art. 303, *caput*, do CPM.

3. Considerando que o valor dos bens objeto da apropriação é inferior a vinte vezes o salário-mínimo, há que ser excluída, da dosimetria da pena, a causa de aumento prevista no § 1º do art. 303 do CPM.

4. Apelo conhecido e parcialmente provido. Decisão por unanimidade.

---

**DECISÃO**

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente a Dra. Maria Ester Henriques Tavares, representante

do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento parcial ao Recurso de Apelação, para excluir da condenação a causa de aumento de pena do § 1º do art. 303 do CPM e condenar o 1º Sgt Ex Henrique José Amazonas Rodrigues pelo crime do art. 303, **caput**, do CPM (peculato-apropriação), na forma do art. 9º, II, alínea “e”, do mesmo Código, em continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal Comum, fixando como definitiva a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, no regime semiaberto, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102 do CPM, sem direito ao **sursis** e com o direito de recorrer em liberdade, nos termos do voto do Relator Ministro Celso Luiz Nazareth.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), José Coêlho Ferreira, 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, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) fará declaração de voto. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 9/12/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo Dr. JORGE EVANILDO MORAIS RODRIGUES, em face da sentença do Conselho Permanente de Justiça (CPJ) para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que, por maioria (4x1), condenou o 1º Sgt HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES à pena em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, como incurso no art. 303, § 1º, do CPM (peculato-apropriação), em continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do CP, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, com fulcro no art. 33, § 2º, “b”, do CP, podendo recorrer em liberdade.

O Voto divergente, proferido pelo Juiz Militar, foi no sentido de afastar a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 303 do CPM.

Em 21/2/2020, a denúncia foi recebida (APM, Evento 1, Docs. 1 e 2), sendo o Apelante citado em 12/3/2020 (APM, Eventos 8 e 16).

Narra a denúncia que o Apelante, entre 2017 e 2019, na condição de Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento do 22º Batalhão Logístico Leve, desviou e comercializou, pessoalmente e por intermédio do perfil “The Military Shop”, no sítio do Mercado Livre, diversos itens pertencentes ao Exército Brasileiro, conforme transcrição abaixo:

(...) No dia 14 de agosto de 2019, o Comando do 22º Batalhão Logístico Leve recebeu notícia a respeito de possível comercialização irregular de material militar realizada pelo denunciado, que era Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento da

Unidade (fls. 03/14, Evento 1, itens 1 e 2). Em decorrência disso, em 15 de agosto de 2019, foi efetuada diligência nas proximidades do “Restaurante Fogão de Lenha”, localizado na Avenida da Aldeia, 755, bairro Vila Nossa Senhora da Aparecida, Barueri/SP, onde o denunciado foi encontrado a bordo de veículo de sua propriedade, acompanhado pelo Soldado Bruno Santana Santos; em seguida, foi encaminhado ao 22º Batalhão Logístico Leve, onde, após revista, verificou-se a existência de 11 (onze) mochilas de combate, um colete tático e um cinto NA, no banco traseiro do citado veículo (fl. 45, Evento 1, item 4).

Questionado a respeito, o denunciado declarou que iria “repassar” as mochilas a um indivíduo interessado em sua aquisição; alegou que referidas mochilas se encontravam “descarregadas” por não se encontrarem em condições de uso, e que o colete tático era de sua propriedade. Afirmou ter assim agido em razão da existência de dívidas condominiais de seu imóvel. Com relação ao Soldado Bruno Santana Santos, que o acompanhava na ocasião, declarou que o mesmo nada sabia a respeito (fls. 107/110, Evento 1, item 8).

O Soldado Bruno Santana Santos afirmou que, na data do fato, o denunciado o “chamou para ir à rua”, dizendo que iria levar as mochilas para “emprestar a um civil”. Que após a abordagem e localização das mochilas pela patrulha, o Sargento teria lhe pedido desculpas pelo ocorrido, afirmando que na verdade iria vender as mochilas, pois necessitava de dinheiro (fls. 111/112, Evento 1, item 8).

Avaliação dos bens apreendidos às fls. 81/82, Evento 1, item 6.

Às fls. 159/163, Evento 1, item 12, relatório de entradas e saídas de materiais da reserva da Cia Log Sup, referente ao período de 26 de abril de 2017 a 19 de junho de 2019.

Posteriormente, em prosseguimento das investigações decorrentes da notícia inicial, que dava conta de que o denunciado também comercializava materiais militares através da internet, foram requisitadas informações ao sítio eletrônico MERCADO LIVRE, que apresentou, às fls. 383/387, Evento 1, item 36, extensa relação de itens comercializados pelo denunciado, consistentes em artigos de militar, dentre os quais, a ração operacional de combate e os talheres ostentando o brasão do Exército Brasileiro.

Além disso, foi expedido mandado de busca a apreensão (fl. 196 do Evento 1, item 14), que resultou na apreensão dos seguintes objetos, na residência do denunciado (fl. 199/215, Evento 1, item 14):

- (uma) bolsa T-10
- 02 (dois) sacos de dormir (com bolsa) VO
- 08 (oito) gorros camuflados com pala Tam 57
- 03 (três) mantas leves Vo
- 01 (um) camel back com refil
- 01 (uma) ração operacional R2, cardápio 04

- 04 (quatro) bornais de assalto V0 com alça
- 01(uma) mochila operacional VO tipo americana

Às fls. 407/408, Evento 1, itens 38 e 39, foi juntada planilha elaborada após confronto entre o Relatório da Comissão designada pelo BI Nr 155, de 16 de agosto de 2019 para recebimento da carga da Reserva de Material da Companhia Logística de Suprimento (fls 262 a 287), os DIEx de descarga da Cia Log Sup (fls 231 a 261) e a relação dos materiais cautelados pela SU (fls 321 a 326), utilizando somente aqueles itens listados na relação recebida do sítio Mercado Livre (fls 377 a 387) que foram transacionados pelo investigado.

Como bem salientado pelo encarregado da inquisição, à fl. 410 de seu relatório, os materiais apreendidos na residência do denunciado configuram o descontrole patrimonial existente na Reserva de Material da Companhia Logística de Suprimento”, e, ainda, “Considerando as tabelas listadas nas fls 407 e 408, verifica-se um total descontrole patrimonial ao comparar os dados do relatório apresentado pela Comissão nomeada para tal fim e o que consta no SISCOFIS. Isso sem levar em consideração os materiais apreendidos na residência do sargento Henrique e em seu veículo”.

Ao final do relatório, foram consignadas as seguintes conclusões:

Considerando o relatório das vendas efetuadas pelo perfil ‘The Military Shop’, administrada pelo investigado no sítio do Mercado Livre, podemos inferir o que se segue:

a) Foram realizadas um total de 335 vendas de materiais de emprego militar, totalizando R\$ 34.274,60 arrecadados em benefício próprio, pelo sargento HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES no período que esteve no cargo de Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento;

b) o sargento Henrique, em seu interrogatório, alegou ser a segunda vez que repassava material da Fazenda Nacional a terceiros, sendo a primeira vez apenas uma ração operacional, o que difere do relatório;

c) o volume de vendas, tanto quantitativo quanto financeiro, cresceu de maneira célere, visto que em 2017 houve uma arrecadação de R\$ 2.665,70, em 2018 R\$ 11.929,90 e em 2019, até o mês de agosto, R\$ 19.679,00;

d) o item ‘ração operacional de combate R2 Exército Brasileiro’ foi o que proporcionou maior retorno financeiro ao militar (R\$ 6.338,30), visto que se tratava de material de consumo, além de ficar armazenado em sua Reserva de Material. O material de consumo é solicitado e, caso não seja consumido, é dado baixa no sistema, gerando uma ‘sobra’ que era armazenada em seu depósito, o que facilitava sua comercialização junto a terceiros;

e) o item ‘marmita de alumínio + porta marmita padrão Exército’ foi o mais vendido pelo militar, tendo transacionado 93 unidades no

período. Levando em consideração o recebimento da função em 2017, o sargento Henrique recebeu 338 unidades, sendo que constavam no SISCOFIS apenas 174. Além disso, solicitou mais 60 descargas do material. Portanto, a “gordura” gerada fugiu de qualquer parâmetro aceitável, facilitando as vendas do item mencionado;

f) em relação ao item encontrado no veículo do investigado, mochila combate média capacidade Exército Verde-Oliva, verificou-se que o mesmo foi vendido de duas maneiras distintas: novas e usadas. Foram vendidas 27 mochilas novas (sem contar as 11 mochilas que estavam em seu veículo) e 02 usadas. Todavia, após o recebimento da função em 2017, o sargento Henrique solicitou 122 descargas de mochilas de sua Reserva, gerando a “sobra” que fora mencionada acima, facilitando as vendas tanto de mochilas usadas, bem como somente das armações de alumínio”.

No Evento 18, instado a apresentar as notas fiscais de aquisição dos materiais, que poderiam, em tese, isentá-lo de responsabilidade, o denunciado afirmou não possuí-las, declarando, simplesmente, que “... nenhum dos materiais constantes no referido perfil faziam parte da carga do Exército Brasileiro, sendo materiais considerados inservíveis, portanto não seriam materiais pertencentes à União”.

Também no Evento 18, foi juntada avaliação dos bens apreendidos na residência do denunciado.

Com as condutas acima descritas, HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES, ora denunciado, agindo de forma livre e consciente, ao apropriar-se de bens públicos, dos quais tinha a posse em razão do cargo, incorreu no delito de peculato, de forma continuada, tendo tais condutas se protraído entre os anos de 2017 e 2019. (...).

Em 21/2/2020, acolhendo a manifestação do MPM, o Juízo da 2ª Auditoria da 2ª CJM arquivou o IPM, em relação à conduta do Sd BRUNO SANTANA SANTOS (IPM nº 7000388-61.2019.7.02.0002, Eventos 36 e 38).

Verifica-se dos autos que foram ouvidas as testemunhas do MPM, os Capitães GABRIEL ROCHA MAZZALI e RODRIGO CARNEIRO SEVERINI DA SILVA. A Defesa dispensou a oitiva de suas testemunhas, sendo o Réu qualificado e interrogado ao final da instrução criminal (APM, Evento 69).

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM requereu a expedição de ofício ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, solicitando a remessa de certidão de antecedentes criminais e de eventual sentença absolutória ou condenatória proferida contra o Apelante, tendo em vista ele ter informado, em seu interrogatório, que havia sido processado perante a Justiça Estadual do Rio de Janeiro entre 2004 e 2012 (APM, Evento 78).

A Defesa requereu a remessa das cópias dos processos administrativos das solicitações de descargas efetuadas pelo Apelante (APM, Evento 82), o que foi atendido (APM, Evento 118).

O 2º Ofício de Distribuição da Comarca do Rio de Janeiro informou que constam, em nome de HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES, um Flagrante de 14/4/2004 e um Inquérito Policial da 34ª Delegacia Policial de Bangu-RJ, para apuração dos delitos previstos no art. 180 (Receptação) e no art. 228 (Associação criminosa), ambos do Código Penal Comum. Em 30/10/2012, os referidos procedimentos foram arquivados pelo Juízo da 1ª Vara Regional de Bangu, em razão da extinção da punibilidade em decorrência da prescrição (APM, Evento 129).

Em alegações escritas, o MPM requereu a condenação do Apelante como incurso nas penas do crime previsto no art. 303, § 1º, na forma do art. 80, *caput*, ambos do CPM, por entender comprovadas a autoria e a materialidade delitiva (APM, Eventos 117 e 126).

Em suas alegações escritas, a Defesa requereu a improcedência da APM e, por conseguinte, a absolvição do réu das acusações a ele imputadas por entender não restar configurado o tipo penal apontado na denúncia e pela fragilidade das provas constantes dos autos (APM, Evento 130).

Em alegações orais, o MPM e a DPU reiteraram todos os argumentos expostos em alegações escritas (APM, Eventos 157 e 164).

Conforme já mencionado, o Apelante foi condenado pela prática do crime do art. 303, *caput*, do CPM, e teve fixada, como definitiva, a pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semiaberto, com a decretação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas, com o direito de recorrer em liberdade, sendo que o Juiz Militar, Cap EOLISSES FERREIRA LEOPOLDINO, votou para afastar a causa de aumento do § 1º do art. 303 do CPM.

Restou firmado na sentença condenatória que o Apelante tinha consciência da ilicitude de sua conduta, sendo penalmente imputável pelas práticas delituosas, enquanto lhe eram exigíveis condutas diversas.

Em 22/10/2020, a referida sentença foi publicada (APM, Eventos 157 e 158).

Em 23/10/2020 e em 29/10/2020, respectivamente, o MPM e a Defesa foram intimados do teor da Sentença condenatória (APM, Eventos 162 e 165).

Em 9/11/2020, a Defesa interpôs o presente Recurso de Apelação, apresentando suas razões recursais (APM, Evento 167).

A Defesa alega inexistir prova inequívoca de que o material negociado, junto ao mercado livre, pertencesse à Fazenda Nacional (Exército), sustentando que restou provado, durante a instrução, que os itens constantes no sítio do Apelante teriam sido comprados de terceiros, e não seriam do Exército.

Aduz a Defesa que a sentença fala em compatibilidade e não em certeza da propriedade, o que afastaria a tese de apropriação e de peculato. Ademais, assevera a existência de erro operacional no cadastro do sistema SISCOFIS. Argumenta que, conforme mencionado em suas alegações finais, existiriam suposições, especulações, mas não certeza de que os materiais anunciados, no referido sítio, pertenceriam à União (Exército) (Evento 1, Doc. 2).

A Defesa alega que os bens relacionados no IPM eram inservíveis e destinados ao descarte, requerendo a absolvição do Apelante em face da fragilidade de provas para a condenação. Pugna, ainda, pelo afastamento da agravante do § 1º do art. 303 do CPM, fazendo alusão ao voto divergente do CPJ, em relação à fixação da pena imposta, *in verbis*:

(...) razão assiste ao voto vencido, pois se houve desvio de material e o material em tese, seria da Fazenda Nacional, o valor deste prejuízo, seria aquele apontado no inventário da mesma, e não aqueles informados pelo Mercado Livre.

Em 4/11/2020, ocorreu o trânsito em julgado da sentença para o MPM (APM, Evento 166).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. CEZAR LUIS RANGEL COUTINHO (Evento 6), manifestou-se pelo conhecimento e pelo desprovimento do presente Recurso, pugnando pela manutenção da sentença recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO. DEFESA. DECISÃO CONDENATÓRIA. PECULATO-APROPRIAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA A QUO. Graduado que no exercício do cargo de Encarregado de Material da OM, entre 2017 e 2019, desvia e comercializa material militar, em proveito próprio, utilizando portal da internet. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. Ausência de excludentes de tipicidade, ilicitude e de culpabilidade. Agente plenamente imputável. Não comprovação das alegações, pelo Apelante, de que o peculato-apropriação foi perpetrado em virtude de severas dificuldades financeiras enfrentadas pelo militar. Incidência do art. 296, do CPPM. O tipo delitivo do peculato, ao criminalizar a apropriação e o desvio de bens sob administração militar, não tutela apenas o dano patrimonial, mas também a probidade do militar. O total de itens desviados em proveito próprio pelo militar excede o valor de vinte vezes o salário-mínimo estipulado à época dos fatos. Incidência da majorante prevista pelo § 1º, do art. 303, do CPM. Material da Fazenda Nacional não deixa de ser pertencente à Administração Militar pelo fato de ter sido colocado fora de carga. Tampouco tem o seu valor patrimonial anulado. Pena privativa de liberdade superior a dois anos a ensejar a aplicação do art. 102, da Lei Penal Militar. Parecer da PGJM pelo conhecimento do Apelo e, no mérito, pelo desprovimento, com a manutenção da R. Sentença vergastada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o Relatório.

**VOTO**

O Recurso é tempestivo e, estando preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Inexistindo preliminares a serem apreciadas, passo à análise do mérito.

**BREVE ANÁLISE DO CRIME DE PECULATO-APROPRIAÇÃO IMPUTADO AO APELANTE**

O crime de peculato encontra-se descrito no art. 303, *caput*, do CPM, cuja pena é agravada, nos termos do seu § 1º, se o objeto da apropriação é de valor superior a 20 (vinte) vezes o valor do salário mínimo, *in verbis*:

**Peculato**

Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de três a quinze anos.

§ 1º A pena aumenta-se de um terço, se o objeto da apropriação ou desvio é de valor superior a vinte vezes o salário mínimo.

A conduta típica do peculato se aperfeiçoa quando o agente público se apropria de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha a posse ou a detenção, em razão do cargo ou comissão, ou o desvia em proveito próprio ou alheio.

O peculato pode se apresentar sobre duas condutas típicas. O **peculato-apropriação**, quando o agente público dispõe do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel como se fosse de sua propriedade; ou o **peculato-desvio**, em que o agente público, sem o ânimo de se apropriar, emprega a coisa para fim diverso de sua destinação, em proveito próprio ou alheio.

Na primeira, ocorre “a inversão do título da posse, dispondo o sujeito da coisa com *animus rem sibi habendi*”. Na segunda, não há ânimo de apossamento definitivo, mas a coisa é empregada “em fim diverso de sua destinação específica, em proveito próprio ou alheio”<sup>187</sup>.

A norma penal em questão tutela, em primeiro lugar, Administração Militar e, eventualmente, o patrimônio particular, quando o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, lhe pertença<sup>188</sup>, estando na posse ou detenção do agente público (militar ou civil), em razão da confiança que a Administração Militar lhe deposita, em decorrência do cargo ou da função que ocupa.

<sup>187</sup> ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudências em tempo de guerra*, 10ª edição. Curitiba: Juruá, 2018, p. 303.

<sup>188</sup> *Ibidem*.

Em se tratando de militar das Forças Armadas, o cargo militar é definido como o conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo, sendo que 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, como preceito de ética militar, do dever de exercer, com **proibidade**, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo militar.

Há que se observar, ainda, que a conduta de incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio, dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel integrante do acervo patrimonial das Forças Armadas; ou usá-los em proveito próprio ou alheio, além de constituir violação a preceito de ética militar, previsto no Estatuto dos Militares, constitui, em tese, ato de improbidade administrativa, nos termos do contido na Lei nº 8.429/1992, à qual se sujeitam todos os agentes públicos, *in verbis*:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Por tais razões, o CPM estabelece, em seu art. 100, que o militar condenado por peculato, em quaisquer de suas modalidades, fica sujeito à Declaração de Indignidade para com o Oficialato ou, se Praça, fica sujeito à exclusão das Forças Armadas, por ser a pena mínima do delito superior a 2 (dois) anos, consoante o disposto no art. 102 do CPM.

### **DA ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE OS MATERIAIS NEGOCIADOS SERIAM PERTENCENTES À FAZENDA NACIONAL**

A Defesa sustenta que não há, nos autos, prova inequívoca de que o material negociado, junto ao Mercado Livre, fosse pertencente à Fazenda

Nacional (Exército Brasileiro), alegando que restou provado, durante a instrução, que os itens constantes no *site* do Apelante, junto ao Mercado Livre, teriam sido comprados de terceiros, e não seriam do Exército.

Aduz, ainda, que a sentença fala em compatibilidade e não em certeza da propriedade, o que afastaria a tese de apropriação e de peculato. Argumentando que existiriam suposições, especulações, mas não certeza de que os materiais anunciados, no referido *site*, pertenceriam à União (Evento 1, Doc. 2).

Não obstante os doutos argumentos defensivos, entendo que o cerne do tipo penal tutela a guarda e a integralidade do bem, público ou particular, que esteja na posse ou na detenção do militar ou servidor público civil, em razão do cargo que ocupa, restando tutelado, outrossim, a probidade administrativa da função de guarda e integralidade do bem que lhe foi confiado.

No caso concreto, em 14/8/2019, o Comando do 22º Batalhão Logístico Leve recebeu um *e-mail* por meio do endereço eletrônico: [comsoc@bdaamv.eb.mil.br](mailto:comsoc@bdaamv.eb.mil.br), (IPM, Evento 1, Docs. “-IP-PORTA1” e “-IPM2”, fls. 03 a 14), informando que o Apelante, 1º Sgt HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES, realizava vendas de material militar pertencente ao Exército Brasileiro.

Na referida comunicação eletrônica, constava que, no dia seguinte, 15/8/2019, ocorreria uma venda de mochilas militares na frente do restaurante Fogão de Lenha, localizado na Avenida da Aldeia, nº 755, Barueri-SP.

Ademais, havia a informação de que o Apelante possuía uma Loja Virtual, no *site* do Mercado Livre, chamada “The Military Shop”, onde realizava a venda de artigos militares, como mochilas, ração operacional, talheres, ponchos, etc., sendo anexadas fotos que, segundo consta, teriam sido tiradas no interior da Reserva de Material da Companhia Logística de Suprimento, local de trabalho do Apelante.

**DAS 11 (ONZE) MOCHILAS MILITARES DE MÉDIA CAPACIDADE, UM COLETE TÁTICO, UM CINTO “NA”, UM SUSPENSÓRIO NOVO, APREENDIDOS NA POSSE DO APELANTE NO INTERIOR DE SEU VEÍCULO PARTICULAR E EM SEU ARMÁRIO**

Visando apurar o que foi “denunciado”, o Comandante do 12º Pelotão de Polícia do Exército, 1º Ten JOSEF AUGUSTO PAGGI, e a sua equipe flagraram o Apelante e o Soldado BRUNO SANTANA SANTOS, na Av. da Aldeia, nº 755, Barueri-SP, em frente ao restaurante Fogão de Lenha, no momento que aguardavam um possível comprador do material de emprego militar. Ao serem abordados, foi determinado que retornassem para o Batalhão, escoltados, onde foi realizada uma revista no veículo Hyundai

Tucson, placa KHY 2623 conduzido pelo Sargento HENRIQUE, sendo encontrados, no banco traseiro do automóvel, **11 (onze) mochilas militares de média capacidade, 1 (um) colete tático e 1 (um) cinto NA.**

Na sequência, foi realizada uma revista no armário do Apelante, sendo encontrado **1 (suspensório) novo no plástico**, o que culminou com a instauração do IPM nº 7000388-61.2019.7.02.0002 por meio da Portaria nº 002-IPM, de 15 de agosto de 2019 (IPM, Evento 1, Doc. “-IP-PORTA1”, fl. 2).

No dia dos fatos, ao ser questionado pelo Comandante do Batalhão sobre o motivo daquelas mochilas estarem em seu veículo particular, **o Apelante informou que iria “repassar” as mochilas, pois havia uma pessoa interessada e que era a segunda vez que o fazia.**

**Durante seu interrogatório no IPM, o Apelante disse que assumiu a função de Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento em abril de 2017 e afirmou que pretendia “repassar” as mochilas, que se encontravam em seu veículo, a um cidadão** que conheceu pelo Facebook e, segundo ele, todas as tratativas foram realizadas pelo aplicativo WhatsApp.

**O militar afirmou que as mochilas se encontravam fora de carga e sem condições de utilização, apesar de o procedimento adotado pelo Batalhão, para esses casos, fosse o recolhimento do material ao Almoxarifado, para futura destinação por parte da Unidade.**

Alegou que o **colete tático** apreendido em seu veículo era particular, mas não possuía qualquer documento comprobatório de sua aquisição, apesar de o colete ser do mesmo modelo utilizado pelo Batalhão e recebido pela cadeia de suprimento (IPM, Evento 1, Doc. “-IPM7”, fls. 86). Ao ser questionado se seria a primeira vez que repassaria o material sob sua tutela a terceiros, **disse que havia levado uma ração operacional a um vizinho, sem transação pecuniária.**

Durante seu interrogatório, em Juízo, **o Apelante alegou que, no dia dos fatos, era Encarregado do Material da Companhia Logística de Suprimento e responsável pelo controle e pela manutenção de todo o material e instalações da Subunidade e que, no dia 15/08/2019, retirou as 11 (onze) mochilas da Reserva de Material.**

O apelante alegou que o **colete tático** era de sua propriedade e que o **cinto NA** estava com ele, pois foi a um campo, em um exercício, e estava sem cinto. **Aduziu que só retirou as onze mochilas e que colocou o material no seu carro sem a ajuda de ninguém, sem dificuldades, e saiu do Batalhão.**

**O Apelante alegou, ainda, no seu interrogatório em Juízo, que sua intenção era emprestar as 11 (onze) mochilas militares de média capacidade para um civil e que, na véspera do encontro, o aludido civil teria dito que, se fosse o caso, pagaria pelo material. Apesar de não ter negociado um**

**preço, na situação em que se encontrava, qualquer dinheiro que entrasse o ajudaria.**

O Soldado BRUNO SANTANA **SANTOS** informou, em seu interrogatório no IPM, que era Auxiliar da Reserva de Material, e que, em 15/08/2019, quando estava saindo do pavilhão de alojamentos do 22º Batalhão Logístico Leve, o Apelante o chamou para ir à rua.

Afirmou que antes de saírem, **o Sgt HENRIQUE AMAZONAS parou na Reserva de Material da Companhia de Logística de Suprimento, tendo-o ajudado a colocar 10 (dez) mochilas de campanha no veículo particular do Sargento, sendo que o Apelante lhe disse que iria emprestar o material a um civil.**

Afirmou que o 1º Sgt HENRIQUE AMAZONAS parou o seu carro em frente ao restaurante “Fogo na Lenha”; mandou mensagem para um civil; e ficou aguardando. Nesse período, chegou uma fração da Polícia do Exército, mandando que retornassem para o Batalhão.

**No caminho de volta ao Batalhão, o 1º Sgt HENRIQUE AMAZONAS lhe pediu desculpas, confirmando que iria vender as mochilas, já que precisava do dinheiro.** (IPM, Evento 1, Doc. “-IPM8”, fls. 111/112).

O Capitão GABRIEL ROCHA MAZZALI informou, em seu depoimento no IPM, que o Apelante era o Encarregado de Material e o Sd SANTOS era o seu auxiliar. Falou que, em 15/08/2019, o 1º Sgt HENRIQUE AMAZONAS lhe solicitou autorização para se ausentar do Quartel, para resolver um problema pessoal no condomínio em que residia, não relatando que estava saindo com o Sd SANTOS.

**Aduziu que tinha conhecimento de que havia materiais fora de carga que permaneciam na Reserva de Material que estavam sob o controle do Apelante, não tendo ciência sobre a quantidade e o tipo material os quais já se encontravam assim, antes de assumir o Comando da Subunidade. Ressaltou que, até a data dos fatos, não assinou nenhuma parte de descarga de material** (IPM, Evento 1, Doc. “-IPM12”, fls. 156/157).

Verifica-se, assim, da instrução criminal, que **o Apelante, de fato, se apropriou e retirou, indevidamente, da Reserva de Material da Companhia Logística de Suprimento, 11 (ONZE) MOCHILAS MILITARES DE MÉDIA CAPACIDADE, que se encontravam em sua posse ou detenção, em razão do cargo que ocupava, com o intuito de vender ou emprestar o material para terceiros, como se aludido bem fosse de sua propriedade,** restando configurada, assim, a conduta típica descrita no art. 303, *caput*, do CPM.

**Da mesma forma, o Apelante se apropriou, como se de sua propriedade fosse, de 1 (UM) CINTO NA e 1 (UM) SUSPENSÓRIO NOVO pertencentes ao Exército Brasileiro, que estavam em sua posse, em razão**

**do cargo que ocupava, sem que, para tanto, tivesse feito os devidos registros da retirada do material do livro de carga de material da Subunidade, dispondo dos aludidos bens ao seu belprazer**, o que também denota a configuração do delito descrito no art. 303, *caput*, do CPM.

No que se refere ao **colete tático**, apreendido em seu veículo, apesar de existirem veementes indícios de que ele pertenceria ao Exército Brasileiro, conforme aduzido pelo Encarregado do IPM, posto que “o colete apreendido é o mesmo modelo utilizado pelo Batalhão e recebido pela cadeia de suprimento”, reputo que não há provas suficientes, nos autos, de que o referido bem estivesse na posse ou na detenção do Apelante na Reserva de Material da Subunidade.

Apesar de o Apelante aduzir que não possuía a nota fiscal do **colete tático**, pois teria comprado há um tempo em uma loja na internet, diante da desorganização do material registrado no Sistema de Controle Físico (*SISCOFIS*), não temos como afirmar se o referido **colete tático** constava nos bens pertencentes à Fazenda Nacional.

Mesmo que seja o próprio Apelante o maior responsável pelo registro e pelo controle de materiais no *SISCOFIS*, pelo cargo que ocupava, o que denota sua desídia no exercício da função militar, não há elementos suficientes, nos autos, para atestar se o **colete tático** seria o mesmo que deveria estar na guarda do Apelante na Reserva de Material.

Entretanto, assim como já dito, quanto aos demais itens apreendidos na posse do Apelante, não restam dúvidas de que eles eram pertencentes ao Exército Brasileiro e estavam na Reserva de Material, do qual o Apelante era o fiel responsável pela sua guarda e conservação.

Assim, os bens apropriados, indevidamente, pelo Apelante foram: **11 (onze) mochilas militares média capacidade; um cinto NA, encontrados em seu veículo particular, quando tentava repassar as mochilas para terceiro; e um suspensório novo, encontrado em seu armário, foram avaliados**, em 4/9/2019, em R\$ 2.774,29 (dois mil, setecentos e setenta e quatro reais e vinte e nove centavos). O valor registrado no *SISCOFIS* corresponde ao montante de **R\$ 5.051,21 (cinco mil, cinquenta e um reais e vinte e um centavos) – valor de mercado** (IPM, Evento 1, Doc. “-IPM6”- fls. 81/82).

Não deve prosperar aqui a tese levantada pela defesa de que os bens não possuíam valor econômico, sendo inservíveis, ou de que devem ser considerados, para a mensuração de seu valor, os valores registrados no *SISCOFIS*.

Os bens apropriados pelo Apelante, enquanto não devidamente descartados pelo Exército Brasileiro, pertencem à União e, por óbvio, possuem

algum valor econômico que deve ser mensurado pelo valor compatível com o praticado no mercado e não pelo valor nominal registrado no *SISCOFIS*.

Conforme amplamente demonstrado nos autos, o controle efetuado no aludido sistema não refletia a realidade dos materiais constantes na Reserva de Material e muito menos é possível afirmar que os valores registrados correspondiam ao real valor do bem.

Nessa linha, o Encarregado do IPM mandou proceder, corretamente, a avaliação dos bens apreendidos pelo seu real valor de mercado, realizada pelo Oficial Adjunto da Seção e Aquisição Licitação Compras do 22º Batalhão Logístico Leve, chegando-se ao valor patrimonial de R\$ 5.051,21 (cinco mil, cinquenta e um reais e vinte e um centavos), importância que faria jus à União/Exército, em caso de alienação pública dos referidos bens.

Ressalto que, mesmos os bens da União considerados inservíveis para o fim a que se destinam, sucatas e outros materiais diversos possuem valor econômico, não podendo a Administração Pública se desfazer dos mesmos sem o devido processo administrativo, sob pena de violação dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Nesse sentido, o art. 7º do Decreto nº 9.373/2018, que dispõe sobre alienação, cessão e a transferência de bens móveis, no âmbito da Administração Pública Federal Direta, autárquica e fundacional, estabelece que:

Art. 7º Os bens móveis inservíveis cujo reaproveitamento seja considerado inconveniente ou inoportuno serão alienados em conformidade com a legislação aplicável às licitações e aos contratos no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, indispensável a avaliação prévia.

Assim, reputo que não resta dúvida de que o valor do bem indevidamente apropriado no peculato, mesmo para aqueles bens considerados inservíveis, cujo reaproveitamento seja considerado inconveniente ou inoportuno, deve ser aquele considerado em avaliação prévia realizada no âmbito do IPM ou da APM e que reflita o preço vigente no mercado.

**DA APREENSÃO, NA RESIDÊNCIA DO APELANTE, DE UMA BOLSA T-10; DOIS SACOS DE DORMIR, COM BOLSA VO; OITO GORROS CAMUFLADOS COM PALA TAM 57; TRÊS MANTAS LEVES VO; UM CAMEL BACK COM REFIL; UMA RAÇÃO OPERACIONAL R2, CARDÁPIO 4; QUATRO BORNAIS DE ASSALTO VÔ COM ALÇA E UMA MOCHILA OPERACIONAL VO TIPO AMERICANA**

Ainda, durante a fase do IPM, foi expedido, pelo Juiz Federal Militar da 2ª Auditoria da 2ª CJM, mandado de busca e apreensão no endereço do Apelante (Rua Marte, nº 429, Torre 25, apartamento 2 - Jardim Tupanci - Barueri/SP), que resultou na **apreensão, em 16/9/2019, dos seguintes objetos:**

**1 ( uma) bolsa T-10; 2 (dois) sacos de dormir (com bolsa) VO; 8 (oito) gorros camuflados com pala Tam 57; 3 (três) mantas leves VO; 1 (um) camel back com refil; uma ração operacional R2, cardápio 04; 4 (quatro) bornais de assalto VO com alça; uma mochila operacional VO tipo americana** (Pedido de Busca e Apreensão Domiciliar nº 7000269-03.2019.7.02.0002, Evento 18 e Evento 30).

**No Laudo de Avaliação** requerido pelo MPM, a fim de que fosse determinado o valor dos bens encontrados na residência do Apelante, **descreveu-se que o valor total dos bens, constantes no SISCOFINS, em 26/12/2019, correspondia a R\$ 864,87 (oitocentos e sessenta e quatro reais e oitenta e sete centavos)** (IPM, Evento 18 - fls. 447/448).

Em que pese a avaliação não tenha levado em consideração o preço vigente no mercado, não resta colacionado, nos autos, outro laudo de avaliação, devendo, portanto, ser considerado, no caso, para esses bens, o valor constante no SISCOFINS.

Durante seu interrogatório no IPM, **o Apelante alegou que os materiais apreendidos em sua residência não eram das partes de descarga, estando em sua posse por ser o Encarregado do Material** e por participar de diversas atividades operacionais (IPM, Evento 25). **Em juízo, o Apelante alegou que usava todos os bens apreendidos em sua residência em exercícios de campo e que não fazia o registro no livro de controle, quando precisava de material, por não ser prático tal procedimento.**

O Capitão GABRIEL ROCHA MAZZALI, em seu depoimento em juízo, informou que os materiais encontrados com o acusado têm compatibilidade com o tipo de material a que ele tem acesso na Reserva de Material e que não é normal que **um Sargento tenha em casa a quantidade de itens encontrados.** No mesmo sentido, o Capitão RODRIGO CARNEIRO SEVERINI DA SILVA, em seu depoimento em juízo, disse que **a quantidade de material apreendida na residência do Apelante era muito grande e que ninguém tem essa quantidade para uso próprio. Esclareceu que é diferente de a pessoa ter 1 (um) item de cada, mas, no caso, a quantidade de itens não era compatível.**

Verifica-se, pelos depoimentos colhidos e pelo próprio interrogatório do acusado, que os bens apreendidos, na residência do Apelante, eram aqueles pertencentes à Reserva de Material que se encontravam sob sua posse e detenção, em razão do cargo. Não obstante, o Apelante se apropriou dos referidos bens, de forma não costumeira, em desacordo com as normas regulamentares e em quantidades incompatíveis com o seu uso ordinário, utilizando-os como se de sua propriedade fossem, o que configura o delito descrito no art. 303, *caput*, do CPM.

## **DOS MATERIAIS DE USO MILITAR VENDIDOS PELO APELANTE NA LOJA VIRTUAL “THE MILITARY SHOP”, ADMINISTRADA POR ELE JUNTO AO SITE MERCADO LIVRE**

Diante do conteúdo da “denúncia” recebida, o MPM requereu a expedição de Ofício ao site Mercado Livre para que fornecesse os dados cadastrais e o relatório de vendas realizados pelo perfil “The Military Shop” administrado pelo Apelante (IPM, Evento 1, Doc. “-IPM13”, fls. 168/173) (IPM, Evento 1, Docs. “-IPM13” e “-IPM14”, fls. 174/177).

As informações solicitadas foram encaminhadas pela empresa Ebazar.com.br Ltda, responsável pelo site [www.mercadolivre.com.br](http://www.mercadolivre.com.br) (Eventos 34 e 50 do Pedido de Busca e Apreensão Domiciliar nº 7000269-03.2019.7.02.0002 e Evento 36 - fls. 383/387 do IPM nº 7000388-61.2019.7.02.0002).

Nas informações prestadas pelo site Mercado Livre (IPM, Evento 1, Docs. “-IPM34”, “-IPM35” e “-IPM36”, fls. 357/362; 377/378; 381/387), foi relatado que a conta “The Military Shop” estava registrada, desde 8/10/2006, no nome de HENRIQUE AMAZONAS, documento: CPF 09398353717; telefone (11) 948898187; e-mail: [henrique.amazonas@oi.com.br](mailto:henrique.amazonas@oi.com.br); endereço Rua Marte, nº 429, CEP 06414000, Barueri/SP, tendo, como uma das contas bancárias cadastradas no sistema, a conta de Henrique Amazonas, sendo que o perfil “The Military Shop” era administrado por HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES, assim como confirmado pelo próprio Apelante em seu interrogatório.

No **Relatório de Vendas encaminhado pelo site Mercado Livre, constata-se várias transações de materiais de emprego militar, sendo 335 (trezentas e trinta e cinco) vendas, no período de 2017 a 2019**, mesmo período em que o Apelante assumiu a função de Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento. Tais vendas **totalizaram R\$ 34.274,60 (trinta e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e sessenta centavos), valor este arrecadado em benefício de HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES.**

Dos materiais vendidos pelo perfil “The Military Shop”, encaminhados no **Relatório de Vendas do Mercado Livre**, o 22º Batalhão Logístico Leve identificou, como sendo materiais de uso militar pelo Exército Brasileiro, os seguintes itens (IPM, Evento 18, Doc. “DILIGENCIAS2”, fls. 448/449):

- Cantil de polietileno 935ml com tampa padrão Exército (três vendas);
- Poncho impermeável militar camuflado Exército (doze vendas);
- Marmita de alumínio + porta marmita padrão Exército (trinta e três vendas);
- Talher articulado aço inox Exército - brasão EB (trinta e nove vendas)

- Colcha 100% algodão lisa solteiro (vinte e duas vendas);
- **Mochila combate média capacidade Exército verde-oliva (trinta vendas);**
  - Macacão camuflado Exército Paintball airsoft (quatro vendas);
  - Coturno tático bota cadarço militar airsoft paintball (quatro vendas);
  - Ração operacional R2 Exército Brasileiro (treze vendas);
  - Ração militar R2 EB (trinta e cinco vendas);
  - Marmita de alumínio + cabo + tampa padrão Exército - lote com 60 (uma venda);
  - gandoleta - blusa de combate leve camuflada Exército (duas vendas);
  - Suéter de lã verde-oliva padrão Exército (três vendas);
  - Conjunto farda camuflada liso Exército - não é alta solidez (vinte e uma vendas);
  - Colete tático modular tipo 2 Exército airsoft - incompleto (seis vendas);
  - Agasalho TFM moletom completo verde Exército EB (duas vendas);
  - Lote - 32 talheres articulantes avulsos + 02 ponchos barraca (uma venda);
  - Colete tático modular tipo 2 Exército airsoft - completo (duas vendas);
  - Lote - 6 ponchos barraca (uma venda);
  - Manta leve térmico edredom modelo militar camping EB (duas vendas);
  - Armação alumínio mochila alice média capacidade Exército (oito vendas);
  - Armação alumínio completa mochila média capacidade Exército (seis vendas);
- **Mochila tática bernal de assalto padrão Exército Brasileiro (oito vendas);**
  - Ceroula verde-oliva Exército Brasileiro (treze vendas);
  - Faca do talhar articulado aço inox Exército - Braço EB (uma venda);
  - Japona de campanha camuflada Exército Brasileiro - tecido liso (quatro vendas);
  - Porta marmita padrão Exército (uma venda);
  - Conjunto segunda pele preta completo frio extremo Exército (uma venda);

- Boina tipo francesa militar - verde (quatro vendas); e
- Coifa capa camuflada Exército para capacete pasgt m88 EB (duas vendas).

Verifica-se, assim, que inúmeros itens vendidos pelo Apelante no perfil “The Military Shop”, durante os anos de 2017 a 2019, eram materiais também usados pelo Exército Brasileiro. Entretanto, **com exceção das Mochilas de Combate Média Capacidade Exército Verde-Oliva e das Mochilas Táticas Bornal de Assalto padrão Exército Brasileiro, entendo que as provas juntadas aos autos não levam a certeza de que os demais materiais militares estariam, efetivamente, em poder do Apelante na Reserva de Material, apesar de existirem indícios veementes de que isso teria ocorrido.**

Constata-se da relação fornecida pelo Mercado Livre que os materiais vendidos são os mesmos usados pelo Exército Brasileiro. **Entretanto, não se pode afirmar, com certeza, que os demais itens, com a exceção exposta acima, estavam na Reserva de Material, em face do já mencionado descontrole no SISCOFIS.**

**Entretanto, entendo que, diante do interrogatório do acusado e do contido no Relatório de Vendas fornecido pelo Mercado Livre, não há dúvidas de que o Apelante apropriou-se das Mochilas de Combate Média Capacidade Exército Verde-Oliva e das Mochilas Táticas Bornal de Assalto padrão Exército Brasileiro para serem vendidas em seu perfil “The Military Shop” na internet.**

**O Apelante, ao ser perguntado em juízo se “vendia produtos miliares pela internet pelo site Mercado Livre”, respondeu que: “alguns sim, sim vendia”. Perguntado “alguns o quê, o que o Senhor vendia no Mercado Livre”. Respondeu que “materiais que não tinham serventia que eram descarregados como, dá um exemplo aqui, a própria mochila... foram algumas sim”** (APM, Evento 73, -VIDEO2, tempo 00:05:58).

Assim, o próprio Apelante confirma a venda de produtos militares no Mercado Livre e que ERAM MATERIAIS DESCARREGADOS, dando como exemplo, de uma de suas vendas, “a própria mochila”, posto que teria vendido algumas no perfil “The Military Shop”. Aduz, ainda, que os materiais militares vendidos no Mercado Livre eram artigos inservíveis e não faziam mais parte do patrimônio.

Quando perguntado se retirava os produtos que eram vendidos no Mercado Livre, da Reserva de Material, respondeu que não, pois, na realidade, esse material “inservível” ficava numa sala anexa.

Ademais, o Apelante quis deixar claro, em seu depoimento, que os itens vendidos nos anúncios do perfil “The Military Shop” na internet não estavam em “carga de material” e que, muitas vezes, estavam em mau estado.

Quando questionado em juízo se o Relatório de Vendas, encaminhado pelo site Mercado Livre, refletia a verdade, o Apelante se limitou a negar o quantitativo de vendas relacionadas. Quando perguntado quantas Mochilas teria vendido, disse que não se lembrava. Quando perguntado sobre qual seria o valor de cada Mochila, respondeu que não se lembrava. Quando perguntado sobre qual seria o valor mínimo e máximo de cada Mochila, respondeu que não sabia.

Constata-se que o Apelante não nega a venda de produtos militares no perfil “The Military Shop” no site do Mercado Livre. O próprio Apelante afirmou em seu interrogatório que vendeu Mochilas no site, alegando serem materiais descarregados e sem serventia, que estariam fora de carga.

Por todo evidente que, se eram materiais “sem serventia” e mesmo que estivessem “descarregados”, ainda assim pertenceriam ao Exército Brasileiro. Restou comprovado e atestado, pelo 22º Batalhão Logístico Leve, que as Mochilas de Combate Média Capacidade Exército Verde-Oliva e das Mochilas Táticas Bornal de Assalto padrão Exército Brasileiro vendidas pelo perfil “The Military Shop” no site do Mercado Livre, constantes no Relatório de Vendas, pertenciam ao Exército.

Por seu turno, a negativa do Apelante quanto ao quantitativo de materiais militares que teriam sido vendidos no perfil “The Military Shop” no site do Mercado Livre não se sustenta. A negação é genérica, aduzindo que não sabia ou não se lembrava sobre a quantidade e o valor das vendas. Entretanto, o Apelante não nega a realização das vendas. Logo, não resta afastada a presunção de veracidade do Relatório de Vendas encaminhado pelo Mercado Livre, diante da ausência de verossimilhança nas alegações do Apelante.

Dessa forma, reputo suficientemente demonstrado nos autos que o Apelante se apropriou de **41(quarenta e uma) Mochilas de Combate Média Capacidade Exército Verde-Oliva e Mochilas Táticas Bornal de Assalto padrão Exército Brasileiro**, que estavam sob sua posse ou detenção, e as vendeu no perfil “The Military Shop” no site do Mercado Livre, no período de 2017 a 2019, auferindo, em seu proveito, a quantia de **R\$ 8.929,80 (oito mil, novecentos e vinte e nove reais e oitenta centavos)**, conforme se constata do Relatório de Vendas encaminhado pelo Mercado Livre.

A alegação de que as Mochilas não estavam na Reserva de Material, e sim numa sala anexa, não retira a responsabilidade do Apelante quanto à guarda das mesmas, posto que, como Encarregado do Material, era o

responsável por arrumar, contabilizar e fiscalizar o material da Companhia Logística de Suprimento, até que ele fosse descartado pelas vias ordinárias e regulamentares.

Nesse sentido, conforme ressaltado na sentença recorrida e no depoimento, em juízo, do Capitão GABRIEL COSTA MAZZALI, **as mochilas e outros materiais declarados inservíveis são recolhidos, salvo engano, para o Almoarifado, sendo, posteriormente, dada alguma destinação. O material, para sofrer descarga, precisa de um pedido que vai para a fiscalização administrativa, que autoriza ou não.** Há materiais que sofrem inspeção e de uso não durável que não exige esse procedimento. **Os materiais são separados e vão para o Almoarifado. As mochilas descarregadas têm uma depreciação em seu valor, mas ainda têm patrimônio. Estar fora da carga não quer dizer que não tinham utilidade** (APM, Evento 71).

Da mesma forma, resta consignado na sentença e no depoimento, em juízo, do Capitão RODRIGO CARNEIRO SEVERINI DA SILVA, Encarregado do IPM, que, para ser realizado o descarte, é necessário que o detentor da carga do material informe via DIEX para a fiscalização administrativa.

Ou seja, há a necessidade de instauração de um processo administrativo, com a nomeação de uma comissão para verificar se, de fato, o material pode ser descartado, e, uma vez comprovado que o material é inservível, é publicado, no boletim administrativo, o descarregamento do referido material.

Ressalta que, a depender da situação e do tipo do material, ele será alienado, leiloado. Materiais inservíveis, fora de carga, têm valor econômico e, inclusive, podem ser utilizados de outra maneira e para outra unidade militar.

**Aduz que os itens inservíveis, fora de carga, continuam sendo de propriedade do Exército Brasileiro. O correto, conforme a legislação, é que o material inservível seja recolhido ao Almoarifado após a descarga, para que seja dado o destino ao material da forma correta (alienação, leilão, destruição).** (APM, Evento 72).

Por seu turno, não procede a alegação da defesa de que os bens relacionados no IPM eram inservíveis e destinados ao descarte. Se o Apelante auferiu vantagem econômica com sua venda, resta evidente que eles possuíam serventia e valor patrimonial.

#### **DA MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DO APELANTE**

Diante do acima exposto, reputo correta a condenação do Apelante, mesmo que este Relator divirja da sentença, quanto ao valor dos bens apropriados indevidamente.

**Assim, o Apelante, no período de 2017 a 2019, se apropriou, indevidamente, de vários bens pertencentes ao Exército Brasileiro: 11 (onze) mochilas militares média capacidade; um Cinto NA, um suspensório novo; uma bolsa T-10; 02 (dois) sacos de dormir (com bolsa) VO; 8 (oito) gorros camuflados com pala Tam 57; 3 (três) mantas leves VO; um camel back com refil; uma ração operacional R2, cardápio 4; 4 (quatro) bornais de assalto VO com alça; uma mochila operacional VO tipo americana; e 41 Mochilas de Combate Média Capacidade Exército Verde-Oliva e Mochilas Táticas Bornal de Assalto padrão Exército Brasileiro), avaliados, em sua totalidade, em R\$ 14.845,88 (Quatorze mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e oitenta e oito centavos).**

Dessa forma, praticou vários crimes de peculato-apropriação, uma vez que, no período referenciado, era o responsável pela Reserva de Material da Companhia Logística de Suprimentos do 22º Batalhão Logístico Leve – Barueri/SP, tendo contato direto com materiais militares que constavam em carga ou eram retirados de carga, o que facilitou a sua empreitada, valendo-se, assim como consignado na sentença, que uso com razão de decidir:

(...) da qualidade de militar e de encarregado do setor para agir ilicitamente, realizando negócios jurídicos de compra e venda de materiais militares que não lhe pertenciam.

Tinha a detenção de bens móveis públicos (materiais do Exército Brasileiro) em razão do cargo, utilizando-se desse facilitador para se apropriar deles e desviá-los para venda particular, causando prejuízos financeiros, funcionais e organizacionais à Administração Militar, valendo-se da missão lhe imputada, que demonstra a confiança no militar designado, função de notória importância para o bom funcionamento da OM, para, ao invés de resguardar o patrimônio e a organização militar, causar graves perdas materiais, inobservando, por completo, os regulamentos, a disciplina e os valores militares. Conforme determina o artigo 80 do Código Penal Militar, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhantes, devem ser considerados como continuação do primeiro. É o caso dos autos, já que o acusado, sucessivamente, entre 2017 e 2019 (tempo), realizou vendas online de materiais militares de propriedade da Fazenda Nacional, por meio de uma loja virtual cadastrada no site Mercado Livre denominada “The Military Shop”, de sua administração (lugar e modo de execução), havendo o requisito subjetivo da unidade de desígnios, isto é, as condutas partiam de um mesmo plano já organizado desde o momento em que assumiu como Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento do 22º Batalhão Logístico Leve, sendo os crimes subsequentes continuação dos antecedentes. Contudo, de modo a se efetivar a individualização da pena, em uma aplicação proporcional, e como medida de política criminal, deixamos de adotar o sistema do cúmulo

material previsto no art. 80 do Código Penal Militar, usufruindo do disposto no art. 71, *caput*, do Código Penal, acolhendo o critério da exasperação da pena, nos exatos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal Militar.

## **DA EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO § 1º DO ART. 303 DO CPM**

### **Nesse ponto, reputo assistir razão à Defesa.**

Na sentença condenatória, ficou assentado que:

(...) Na derradeira fase, há a majorante especial prevista no § 1º do art. 303 do CPM, já que o valor dos bens móveis militares apropriados e vendidos ultrapassa vinte vezes o salário mínimo, que, em 2017, estava em R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), consoante Decreto nº 8.948/2016.

Os materiais apreendidos em seu veículo foram avaliados em R\$ 3.084,18 (valor SISCOFIS) e de R\$ 5.209,90 (valor de mercado), os apreendidos em sua residência tem os seguintes valores unitários: bolsa T10 (R\$ 44,59), saco de dormir com bolsa (R\$ 74,01), gorro camuflado (R\$ 6,10), manta leve VO (R\$ 88,00), camel back com refil e da bolsa de assalto VO com alça (R\$ 329,99 - kit completo), ração operacional R2 (R\$76,00), mochila operacional VO tipo americana (R\$246,18) e os vendidos no site Mercado Livre perfizeram R\$ 34.274,60 (trinta e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e sessenta centavos).

Assim, aplica-se a fração fixa de 1/3 em razão dos objetos da apropriação exorbitarem do patamar de vinte salários mínimos, consoante previsão descrita no art. 303, §1º, do Código Penal Militar, elevando a reprimenda para quatro anos de reclusão. (...).

Entretanto, reexaminando os autos do processo e as provas colhidas durante a instrução processual, bem como os elementos colhidos em sede do IPM, **entendo que os bens que foram apropriados indevidamente pelo Apelante** (11 (onze) mochilas militares média capacidade; um Cinto NA, um (suspensório) novo; uma bolsa T-10; 02 (dois) sacos de dormir (com bolsa) VO; 8 (oito) gorros camuflados com pala Tam 57; 3 (três) mantas leves VO; um camel back com refil; uma ração operacional R2, cardápio 4; 4 (quatro) bornais de assalto VO com alça; uma mochila operacional VO tipo americana; e 41 Mochilas de Combate Média Capacidade Exército Verde-Oliva e Mochilas Táticas Bornal de Assalto padrão Exército Brasileiro) **possuem valor total de R\$ 14.845,88 (Quatorze mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e oitenta e oito centavos), conforme as avaliações constantes no processo.**

Segundo o disposto no § 1º do art. 303 do CPM, a pena do crime de peculato será aumentada de um terço se o objeto da apropriação ou do desvio é de valor superior a vinte vezes o salário mínimo, *in verbis*:

### **Peculato**

Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de três a quinze anos.

**§ 1º A pena aumenta-se de um terço, se o objeto da apropriação ou desvio é de valor superior a vinte vezes o salário mínimo.**

Levando em consideração o valor do salário mínimo vigente a partir de 1º/1/2019, ano do último delito de peculato praticado pelo Apelante, que era de R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), conforme disposto no Decreto nº 9.661, de 1º de janeiro de 2019, temos que a causa de aumento de pena só deve incidir quando o bem objeto da apropriação é de valor superior a R\$ 19.960,00 (Dezenove mil, novecentos e sessenta reais).

**Considerando que o valor dos bens objeto da apropriação é de valor inferior a vinte vezes o salário mínimo, há que ser excluída, da dosimetria da pena, a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 303 do CPM.**

### **DA ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA**

Uma vez mantida a condenação do Apelante e excluída a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 303 do CPM, passo ao cálculo trifásico da reprimenda:

**1ª fase da dosimetria:** Analisadas as circunstâncias previstas no art. 69 do CPM, verifica-se que o acusado é réu primário, com bons antecedentes e de boa conduta social. Assim, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, aplico a pena-base no mínimo legal, a saber: **3 (três) anos de reclusão** para o crime do art. art. 303, *caput*, do CPM.

**2ª fase da dosimetria:** Ausentes atenuantes ou agravantes, a pena intermediária permanece no mesmo patamar, **3 (três) anos de reclusão**.

**3ª fase da dosimetria:** Em razão de se tratar de crime continuado e, como meio de política criminal, valorando-se a proporcionalidade das penas, deixo de aplicar o art. 80 do CPM, utilizando-me do critério da exasperação das penas delineado no art. 71, *caput*, do Código Penal Comum, aplicando o aumento de 2/3 (dois terços) em virtude da quantidade de crimes de peculato consumados (superior a 7 crimes).

**Dessa forma, fixo a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão.**

Levando-se em consideração os crimes praticados, que contrariam, por completo, os preceitos de ética militar, e a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, é de se aplicar a exclusão do militar das Forças Armadas, consoante o disposto no art. 102 do CPM.

Em razão de a pena ser superior a 2 (dois) anos de reclusão e por não estarem presentes os requisitos contidos no artigo 84 do CPM, não é concedido o beneplácito da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade.

Com fundamento no artigo 62, *caput*, do CPM, e no Enunciado nº 192 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, é fixado o regime semiaberto para o cumprimento da sanção penal, nos exatos termos do contido no art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal Comum.

Ausentes os requisitos da prisão preventiva, admite-se o direito de recorrer em liberdade, com base no artigo 527 do CPPM.

Depois do trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, bem como oficie-se ao TRE/SP para a suspensão dos direitos políticos, em conformidade com o art. 15, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Ante o exposto**, conheço e dou parcial provimento ao Recurso de Apelação, para excluir da condenação a causa de aumento de pena do § 1º do art. 303 do CPM e condenar o 1º Sgt do Exército Brasileiro HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES pela prática do crime do art. 303, *caput*, do CPM (peculato-apropriação), na forma do art. 9º, II, “e”, do mesmo Códex, em continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal Comum, e fixo, como definitiva, a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, no regime semiaberto, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102 do CPM, sem direito ao *sursis* e com o direito de recorrer em liberdade.

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 de Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer e em dar provimento parcial ao Recurso de Apelação, para excluir da condenação a causa de aumento de pena do § 1º do art. 303 do CPM, e em condenar o 1º Sgt Ex Henrique José Amazonas Rodrigues pela prática do crime do art. 303, *caput*, do CPM (peculato-apropriação), na forma do art. 9º, II, alínea “e”, do mesmo Códex, em continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal comum, fixando, como definitiva, a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, no regime semiaberto, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102 do CPM, sem direito ao *sursis* e com o direito de recorrer em liberdade.

Brasília, 9 de dezembro de 2021 – Alte Esq Celso Luiz Nazareth, Ministro-Relator.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA**

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA  
Apelação Nº 7000833-08.2020.7.00.0000

Votei, na qualidade de Ministra-Revisora, acompanhando o voto que, por unanimidade, conheceu e deu provimento em parte ao Apelo da Defesa, para excluir da condenação a causa de aumento de pena do § 1º do art. 303 do CPM e condenar o 1º Sgt Ex HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES pela prática do crime do art. 303, *caput*, do CPM (peculato-apropriação), na forma do art. 9º, II, alínea “e”, do mesmo Códex, em continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal Comum, fixando como definitiva a pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, no regime semiaberto, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, na forma do art. 102 do CPM, sem direito ao *sursis* e com o direito de recorrer em liberdade.

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

Insurge-se a Defesa contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 2ª CJM, de 22/10/2020, que, por maioria (4x1), condenou o 1º Sgt HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, como incurso no art. 303, § 1º, do CPM (peculato-apropriação), em continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do CP, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, com base no art. 33, § 2º, “b”, do CP, podendo recorrer em liberdade.

Em suas Razões recursais, a Defesa sustentou, inicialmente, inexistir prova inequívoca de que o material negociado, junto ao Mercado Livre, pertencia à Fazenda Nacional (Exército), alegando que restou provado, durante a instrução, que os itens, constantes no sítio da internet, teriam sido comprados de terceiros e não seriam do Exército.

A Defesa arguiu também que: a Sentença falou em compatibilidade e não em certeza da propriedade, o que afastaria a tese de peculato-apropriação; há existência de erro operacional no cadastro do Sistema de Controle Físico de Material do Exército-SISCOFIS; e, conforme mencionado nas Alegações finais, existiriam suposições, especulações, mas não a certeza de que os materiais anunciados no referido sítio pertenciam à União (evento 1, documento 2).

Alegou, ainda, que os bens relacionados no IPM eram inservíveis e destinados ao descarte, requerendo, portanto, a absolvição do apelante em face da fragilidade de provas para condenação.

Pugnou, subsidiariamente, pelo afastamento da agravante do § 1º do art. 303 do CPM, fazendo alusão ao voto divergente do CPJ, em relação à fixação da pena imposta, *in verbis*:

(...) razão assiste ao voto vencido, pois se houve desvio de material e o material em tese, seria da Fazenda Nacional, o valor deste prejuízo, seria aquele apontado no inventário da mesma, e não aqueles informados pelo Mercado Livre.

Os argumentos da Defesa apenas prosperam quanto ao afastamento da aplicação da causa de aumento de pena estipulada no § 1º do art. 303 do CPM.

A tese defensiva de inexistência de dolo na conduta do recorrente e de que se fez ausente prova inequívoca para subsidiar a condenação não corresponde com o lastro probatório robusto presente, tanto na Ação Penal Militar como no Inquérito Policial Militar. É possível identificar um padrão probatório (*standard*) para além da dúvida do razoável que corrobora a autoria e a materialidade delitivas.

De prólogo, como registro de existência probatória da autoria e da materialidade, a primeira exibição de posse indevida de bens da Caserna em mãos do réu aconteceu em 14/8/2019. Em diligências provocadas por meio de notícia anônima sobre a comercialização irregular de bens, encontraram-se materiais militares com o acusado, conforme narrado abaixo:

no dia 14 de agosto de 2019, o Comando do 22º Batalhão Logístico Leve recebeu notícia a respeito de possível comercialização irregular de material militar realizada pelo denunciado, que era Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento da Unidade (fls. 03/14, Evento 1, itens 1 e 2). Em decorrência disso, em 15 de agosto de 2019, foi efetuada diligência nas proximidades do “Restaurante Fogão de Lenha”, localizado na Avenida da Aldeia, 755, bairro Vila Nossa Senhora da Aparecida, Barueri/SP, onde o denunciado foi encontrado a bordo de veículo de sua propriedade, acompanhado pelo Soldado Bruno Santana Santos; em seguida, foi encaminhado ao 22º Batalhão Logístico Leve, onde, após revista, verificou-se a existência de 11 (onze) mochilas de combate, um colete tático e um cinto NA, no banco traseiro do citado veículo (evento 1, documento 2, e documento 4, fl. 10, do IPM).

Soma-se a isso o relatório das vendas efetuadas pelo perfil “The Military Shop”, administrado pelo investigado no sítio do Mercado Livre, que mostra ter havido, entre 19/3/2017 a 14/8/2019, um patamar considerável de bens de natureza militar negociados (evento 1, documento 36, fls. 1/7, do IPM). A constatação opõe-se, quanto aos aspectos de verossimilhança, à tese defensiva de inexistência de prova material de que os produtos negociados, junto ao Mercado Livre, pertencessem à Fazenda Nacional (Exército), uma vez que o relatório discriminou que:

a) Foram realizadas um total de 335 vendas de materiais de emprego militar, totalizando R\$ 34.274,60 arrecadados em benefício próprio, pelo sargento HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES no

período que esteve no cargo de Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento;

b) o volume de vendas, tanto quantitativo quanto financeiro, cresceu de maneira célere, visto que em 2017 houve uma arrecadação de R\$ 2.665,70, em 2018 R\$ 11.929,90 e em 2019, até o mês de agosto, R\$ 19.679,00;

c) o item “ração operacional de combate R2 Exército Brasileiro” foi o que proporcionou maior retorno financeiro ao militar (R\$ 6.338,30), visto que se tratava de material de consumo, além de ficar armazenado em sua Reserva de Material. O material de consumo é solicitado e, caso não seja consumido, é dado baixa no sistema, gerando uma “sobra” que era armazenada em seu depósito, o que facilitava sua comercialização junto a terceiros;

d) o item “marmita de alumínio + porta marmita padrão Exército” foi o mais vendido pelo militar, tendo transacionado 93 unidades no período. Levando em consideração o recebimento da função em 2017, o sargento Henrique recebeu 338 unidades, sendo que constavam no SISCOFIS apenas 174. Além disso, solicitou mais 60 descargas do material. Portanto, a “gordura” gerada fugiu de qualquer parâmetro aceitável, facilitando as vendas do item mencionado;

e) em relação ao item encontrado no veículo do investigado, mochila combate média capacidade Exército Verde-Oliva, verificou-se que o mesmo foi vendido de duas maneiras distintas: novas e usadas. Foram vendidas 27 mochilas novas (sem contar as 11 mochilas que estavam em seu veículo) e 02 usadas. Todavia, após o recebimento da função em 2017, o sargento Henrique solicitou 122 descargas de mochilas de sua Reserva, gerando a “sobra” que fora mencionada acima, facilitando as vendas tanto de mochilas usadas, bem como somente das armações de alumínio.

Observa-se que os itens “c” (ração operacional de combate R2 Exército Brasileiro), “d” (marmita de alumínio + porta marmita padrão Exército) e “e” (mochila combate média capacidade Exército Verde-Oliva) são materiais de uso específico da caserna, os quais correspondem exatamente aos que o acusado detinha a guarda na função de Encarregado de Material da Companhia Logística de Suprimento da Unidade Militar (evento 1, documentos 1 e 2, do IPM).

Ademais, os bens “ração operacional de combate R2 Exército Brasileiro” e “marmita de alumínio + porta marmita padrão Exército” não são comercializados abertamente no mercado formal, sem que antes passem diretamente pelo controle e pela administração da Organização Militar, algo que possibilita concluir que tais produtos foram retirados do quartel pelo militar e postos à venda no *site* do Mercado Livre.

Assim, não há credibilidade na versão defensiva de que os bens militares foram adquiridos de terceiros, já que os bens vendidos pelo recorrente, no portal de vendas da internet, foram extraídos do patrimônio da Fazenda Nacional justamente pela facilidade encontrada pelo agente no desempenho da função de Encarregado de Material da Unidade. E, além disso, o apelante não juntou aos autos nenhuma comprovação de prévia aquisição dos materiais que comercializou na internet.

É preciso destacar, quanto aos bens apreendidos no interior do carro de sua propriedade, em 14/8/2019, no Inquérito Policial Militar, a confissão do acusado de que pretendia repassar mochilas inservíveis e “descarregadas”, a um indivíduo interessado em sua aquisição, em razão da necessidade de quitar dívidas de condomínio (evento 1, documento 8, fls. 10/13, do IPM).

Porém, no âmbito da Ação Penal Militar, o recorrente alterou a versão, além de discorrer que os bens apreendidos eram inservíveis, relatou que recebeu uma ligação de alguém que se apresentou como amigo e solicitando o empréstimo de material para ser usado na atividade esportiva Air Soft, consignando, *in verbis*:

Os bens apreendidos em seu poder em 15 de agosto de 2019, apenas as onze mochilas eram originárias da Reserva de Material, pois o cinto estava sendo utilizado por ele, e o colete tático era de sua propriedade. Relatou que recebeu uma chamada pelo aplicativo whatsapp de alguém que se apresentou como um amigo, e pretendia o empréstimo de um material para uso na prática da modalidade esportiva “air soft”. Alegou que a princípio não tinha intenção de auferir qualquer proveito econômico com o empréstimo. Porém, viu-se em dificuldades financeiras, pois na mesma época recebeu uma comunicação de que deveria saldar uma dívida de cerca de R\$ 6.600,00 (seis mil e seiscentos reais), relativa a despesas de condomínio, sob pena de ser despejado. A pessoa deixou subentendido que estava disposta a pagar pelo uso do material. Não chegaram a combinar nenhum preço, mas marcaram um encontro num restaurante. Retirou algumas mochilas que estavam guardadas na reserva de material para entregar para esta pessoa. Alegou que as mochilas não estavam em carga, pois eram itens inservíveis, que haviam sido devolvidos por diversos setores, por apresentarem algum defeito ou estarem desgastadas ou estragadas, e que estavam na reserva de material em razão do procedimento de descarga, e seriam descartadas como lixo, ou incineradas. (evento 73, documento 1, da APM).

Contudo, em instante algum, tanto no IPM, quanto na APM, o recorrente inseriu nos autos elementos que comprovassem a história prestada no interrogatório da Ação Penal Militar. A declaração desacompanhada da juntada ou da indicação de provas não tem força para elidir o fato de que o Sargento HENRIQUE se encontrava indevidamente na posse de utensílios cuja propriedade pertencia à Fazenda Pública.

Nesse sentido, a declaração do réu não é plausível nem verossímil, pois os bens não lhe pertenciam, o fato de o material se encontrar inservível não significa que deixou de ser propriedade da Fazenda Pública (Exército), a ponto de o agente público deter a liberalidade de destiná-los da forma que bem lhe aprouver.

E sobre a afirmação de que os itens apreendidos no seu automóvel, em 14/8/2019, eram inservíveis, é bom esclarecer que o bem público, mesmo que taxado de inservível pela Administração Pública, acompanha a prerrogativa de indisponibilidade por conta do servidor público, pois não significa que o bem deixou de ser patrimônio da Fazenda Pública, tampouco que é destituído de algum valor econômico.

O material inservível, o bem público com *status* de dominical, segue todos os procedimentos de destinação exigidos pelo princípio do interesse público nos sentidos primário e secundário. Dessa forma, o fato de a *res* se encontrar em estágio de inservível não torna atípica a conduta do agente que realiza a apropriação e faz negócios auferindo margem de lucro. Ao contrário, a venda em si é a constatação irrefutável de que o material apropriado tinha algum valor econômico.

E, ainda, em contraposição à afirmação da Defesa de que a Sentença fala em compatibilidade e não em certeza da propriedade está o registro de que, em 16/9/2019, por meio do mandado de busca e apreensão domiciliar, foram encontrados, na residência do acusados, seguintes objetos (evento 1, documento 15, do IPM):

1 (uma) bolsa T-10; 2 (dois) sacos de dormir (com bolsa); 08 (oito) gorros camuflados com pala Tam 57; 3 (três) mantas leves VO; 01 (um) camel back com refil; 01 (um) ração operacional R2, cardápio 04; 4 (quatro) bornais de assalto VO com alça; 1 (um) mochila operacional VO tipo americana (evento 18, documento 02, do IPM).

Aqui, também, não prospera a narrativa do recorrente de que os bens apreendidos em sua residência por meio da Busca e Apreensão pertenciam à reserva, mas estavam cautelados com ele informalmente, para levá-los ao campo, uma vez que havia previsão de exercícios em breve, mas, por ser o responsável pela reserva e pelo material, achou desnecessário registrar a retirada dos bens (evento 73, documento 2, da APM).

São inconsistentes tais pretextos, posto que a quantidade de bens achados na Busca e Apreensão transcende o número razoável de equipamentos para o uso normal de um militar apenas, como é o caso dos 8 (oito) gorros camuflados. Ainda assim, a retirada dos materiais deveria no mínimo ser comunicada ao superior hierárquico, porém isso não aconteceu.

Quanto à existência de eventual erro operacional no cadastro do sistema SISCOFIS, a alegação não exclui a apropriação indevida de bens da

Administração Pública. Ora, não é possível suprimir as provas obtidas pela Busca e Apreensão, a diligência derradeira de 14/8/2019, no carro do militar, e o relatório de vendas do *site* de comércio Mercado Livre.

Ademais, o confronto entre o Relatório de Comissão para recebimento da carga da Reserva de Material, quando o acusado assumiu a função de encarregado de materiais, e os bens vendidos no Mercado Livre (evento 1, documento 38, fls. 7/8) revelam a plena correlação entre os tipos de bens recebidos em carga pelo Sargento com os itens apurados como vendidos até 2019 por meio da internet.

Por conseguinte, não há mera coincidência. O fato de os bens vendidos na página do acusado no Mercado Livre serem os mesmos que o *intraeus* mantinha em guarda na qualidade de gestor de materiais demonstra indícios consistentes.

Sobre as incongruências do SISCOFIS, é necessário trazer o testemunho do Capitão Gabriel Costa Mazzali, ao esclarecer que os eventuais erros no Sistema se deram anteriormente à gestão do Sgt HENRIQUE:

Comandou a Companhia em 2017. Em 2018, ficou em outra Companhia. Em 2019, fizeram esforço para regularizar algumas documentações da sargenteação. Chamou o Henrique para auxiliar. O Sargenteante era o Sgt Lobato. O acusado auxiliava nos trabalhos. No período em que o Sgt Henrique ficou com o Subtenente do depoente, foram realizadas inspeções inopinadas. Sempre que foi lá, a Reserva estava bem organizada. O acusado é uma pessoa organizada. Tudo estava batendo. A grande gama de material descarregado foi para regularizar uma situação passada, quando estava na função o ST Fabrício, sendo aberta uma sindicância para apurar o porquê de estar errado o **Siscofis**. As documentações de descarga foram feitas para regularizar um erro anterior (evento 71 da APM). (Grifou-se).

E ainda sobre o SISCOFIS, inteligível é o depoimento do próprio recorrente acerca do fato de que os bens inservíveis não fazem parte da carga do mencionado sistema:

Não confirma que vendeu trezentos e trinta e cinco produtos militares. Não sabe o montante total das vendas. O material inservível ficava em uma dependência anexa, em uma sala sem tranca. Era separado o material de descarte e o material servível. Não se recorda quando começou a realizar as vendas pelo Mercado Livre. O material inservível não constava em nenhuma relação do **Siscofis** e nem era realizado controle. Era considerado lixo. Ficava em uma sala de descarte de material. Para incinerar, dependiam de um determinado militar e do clima. Alguns materiais inservíveis ficavam na sala por dias, outros por meses. Não há como precisar. Muitas vezes, no Mercado Livre, há diferenças entre colocar um produto como novo e usado, na forma de cobrança, taxas. Era anunciado, em muitas ocasiões, como novo para ter

benefício de tarifa menor, frete. Em muitas vezes, vinha na descrição que o produto era usado. Não se recorda se vendeu vinte e sete mochilas. Não vendeu porta marmitta padrão Exército. É mentira. Era o perfil pessoal dele (evento 73 da APM). (Grifou-se).

De tudo, sem sombra de dúvidas, o 1º Sargento HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES infringiu categoricamente o art. 303 do CPM, cometendo o delito de peculato-apropriação ao apossar-se indevidamente de materiais que mantinha a guarda em razão do cargo.

Inexistem, então, controvérsias quanto à conduta dolosa do acusado no presente caso. O elemento subjetivo exigido ficou demonstrado, tanto na fase de interrogatório do réu no IPM, quanto nos depoimentos das testemunhas, os quais, aliados aos demais elementos, demonstram o *animus* livre e consciente do acusado em se apropriar indevidamente de materiais da Administração Militar.

A antijuricidade da conduta está comprovada, haja vista inexistirem tipos permissivos em cujo seio inserem-se as causas que a exclua. Verifica-se que a culpabilidade restou demonstrada, pois o acusado, além de imputável, tinha plena consciência da ilicitude dos seus atos, quando lhe era exigível conduta diversa. Aliás, não restou provado que a dificuldade financeira do *intra-neus* é apta a exculpar a conduta.

Dessa forma, o agir *sub judice*, além de ser voluntariamente livre, feriu os bens jurídicos penalmente tutelados pela Norma Repressiva castrense, pois o réu transgrediu a moralidade da Administração Pública, bem como malversou o patrimônio que deveria cuidar, agindo de forma improba e comprometendo as diretrizes da Administração Militar.

Por outro lado, incertezas fortes e cabais incidem sobre a majorante do § 1º do art. 303 do CPM, que estipula o aumento da pena em um terço, caso o objeto da apropriação tenha valor superior a vinte vezes o salário mínimo, pois o que há nos autos, quanto aos valores dos bens apropriados pelo apelante, são dos materiais pertinentes aos bens apreendidos na Busca e Apreensão e da diligência formalizada no automóvel do recorrente em 14/8/2019.

Dos bens alcançados pela diligência, de 14/8/2019, sobre o veículo do Militar e na Busca e Apreensão, foram totalizados, conforme as bases do SISCOFIS, o valor de R\$ 3.949,05 (três mil, novecentos e quarenta e nove reais e cinco centavos), como relata a Sentença (evento 1, documento 1), nos termos seguintes:

Os materiais apreendidos em seu veículo foram avaliados em R\$ 3.084,18 (valor Siscofis) e de R\$ 5.209,90 (valor de mercado), os apreendidos em sua residência tem os seguintes valores unitários: bolsa T10 (R\$ 44,59), saco de dormir com bolsa (R\$ 74,01), gorro camuflado (R\$ 6,10), manta leve VO (R\$ 88,00), camel back com refil e da bolsa de assalto VO com alça (R\$ 329,99 - kit completo), ração operacional R2

(R\$76,00), mochila operacional VO tipo americana (R\$246,18) e os vendidos no site Mercado Livre perfizeram R\$ 34.274,60 (trinta e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e sessenta centavos).

Em relação ao valor de R\$ 34.274,60 (trinta e quatro mil, duzentos e setenta e quatro reais e sessenta centavos), obtido do relatório de vendas do Mercado Livre, por mais que sirva de indicativo de que os bens vendidos eram da Fazenda Pública, a acusação não demonstrou estritamente que o total de itens negociados tinham o mesmo valor pelo qual foram vendidos.

Ademais, o elemento encontrado para utilizar o citado montante foi o relatório de vendas do próprio site Mercado Livre, sendo que tais bens não estavam na carga do SISCOFIS, e o Estado Acusador não demonstrou a correlação dos bens vendidos com os valores compatíveis com o SISCOFIS ou em laudo contábil de estimativa de tais itens.

Inclusive, o trecho do testemunho do Capitão Gabriel Rocha Mazzali consignou que o material apreendido com o Sargento HENRIQUE tinha pouco valor econômico e que alguns materiais inservíveis chegam a valer até R\$ 1,00 (um real). A afirmação, por si só, realça as dúvidas sobre os valores que, de fato, os bens vendidos no site Mercado Livre teriam objetivamente à Administração Pública (evento 71 da APM):

(...) MPM: Agora, só pra entender. Por exemplo, as mochilas que foram apreendidas com o Sargento Henrique no veículo dele. (...) elas ainda têm valor econômico? (...) Cap. Mazalli: Não, elas... então... o valor econômico... Existe uma depreciação no patrimônio delas. Mas existem alguns materiais que chegam a ficar valendo R\$ 1,00 (um real), nenhum zero. Não existe valor zero, existe um valor mínimo, do patrimônio residual. Então, não. Zerar, não zera. Com certeza, não zera. Agora qual valor, eu não sei (...) MPM: (...) eu não conheço material do exército assim, item por item. Mas essa mochila de combate, por exemplo, foram apreendidas 11. Ela, mesmo fora de carga, ela ainda tem um valor econômico? Cap. Mazalli: Tem. Tem um valor econômico, sim. (...)

Com isso, algumas indagações precisam ser feitas: como saber se o valor arrecadado pelas vendas decorrerá justamente do fato de terem pertencido ao Exército? Se um item com pouquíssimo ou quase sem valor algum teve uma quantia de venda superestimado por ter origem na Caserna? Se os adquirentes, pela consideração que têm para com as Forças Armadas, pagaram muito mais do que o devido? São perguntas sem respostas no processo.

Destarte, em atenção ao princípio da paridade das armas, uma vez que não consta nos autos o valor estimado do prejuízo patrimonial à Fazenda Pública dos bens vendido na internet, ônus probatório esse da acusação, entendo imperfeito considerar o valor da *res* equivalente ao tomado no relatório de vendas do Mercado Livre. O critério é inadequado para determinar

que os objetos apropriados ultrapassaram o montante de vinte vezes o salário mínimo, motivo pelo qual soa imperativa a reforma da Sentença impugnada quanto à majorante do § 1º do art. 303 do CPM.

Afastados os argumentos absolutórios e constatada a pertinência estrita para reforma quanto à aplicação da majorante, passo à análise da dosimetria da reprimenda consoante o crime descrito pelo art. 303, *caput*, do Código Penal Militar, na modalidade de peculato-apropriação.

No presente caso, o crime de peculato-apropriação foi praticado de forma continuada, já que, desde o ano de 2017, conforme relatório encaminhado pelo *site* Mercado Livre, o apelante realizou sucessivas vendas de materiais militares pertencentes à Fazenda Nacional por meio do perfil virtual “The Military Shop”.

O período correspondeu à gestão do acusado na Reserva de Material da Companhia Logística de Suprimentos do 22º Batalhão Logístico Leve - Barueri/SP, tendo contato direto com materiais militares que constavam em carga e retirados de carga, o que favoreceu a atividade delituosa.

Com isso, o acusado, por inúmeras vezes, no interregno de 2017 a 2019, realizou as vendas, o que leva à aplicação do art. 80 do Código Penal Militar, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, esses devem ser considerados como continuação do primeiro.

Outrossim, com os mesmos fundamentos da Sentença impugnada, deixo de aplicar o sistema do cúmulo material previsto no art. 80 do Código Penal Militar, para usar o disposto no art. 71, *caput*, do Código Penal, acolhendo o critério da exasperação da pena, consoante pacificada jurisprudência do Superior Tribunal Militar.

Assim, valendo-se, para tanto, do critério trifásico.

Na primeira fase, observa-se que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente, motivo pela qual, fixo a pena base no mínimo legal, 3 (três) anos de reclusão.

Inexistindo agravantes, permanece, na segunda fase, estática a pena, que se torna definitiva. Na terceira fase, igualmente, por ausência de causas de aumento ou de diminuição de pena a incidir na espécie.

E por se tratar de crime continuado, há de se usar o critério da exasperação das penas firmado no art. 71, *caput*, do CPM, aplicando o aumento de 2/3 (dois terços) em virtude da quantidade de crimes de peculato consumados (superior a 7 crimes), estabeleço a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão.

Considerando a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos e a gravidade da conduta em relação à Administração da Caserna, é aplicável a exclusão do militar das Forças Armadas, nos moldes do art. 102 do Código Penal Militar.

Não cabe a concessão da suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, ante a ausência dos requisitos do art. 84 do Código Penal Militar e em virtude de a reprimenda superar os 2 (dois) anos de reclusão.

É fixado o regime semiaberto para o cumprimento da sanção penal, nos exatos termos do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal comum, com fulcro no art. 62, *caput*, do Código Penal Militar e na súmula 192 do STJ.

Ausentes os requisitos da prisão preventiva, admite-se o direito de recorrer em liberdade, com base no art. 527 do Código de Processo Penal Militar.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e pelo parcial provimento do Apelo defensivo, reformando a Sentença hostilizada, para reduzir e fixar a condenação do Sgt HENRIQUE JOSÉ AMAZONAS RODRIGUES à pena de cinco anos de reclusão, pela prática delitiva de peculato-apropriação, nos termos do art. 303 do Código Penal Militar, na forma do art. 53 e do art. 9º, II, “e”, ambos do Código Penal Militar, em continuidade delitiva, *ex vi* do art. 71 do Código Penal comum.

Superior Tribunal Militar, 9 de dezembro de 2021.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha  
Ministra-Revisora

---



---

Correição Parcial



---

**CORREIÇÃO PARCIAL Nº 7000258-63.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Requerente: Ministério Público Militar.

Requerido: Bruno Santos Gerheim.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

CORREIÇÃO PARCIAL. PRELIMINAR DE OFÍCIO DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. RÉU CIVIL. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PELO MAGISTRADO *A QUO*. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO DA JUSTIÇA COMUM. NÃO EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO E DA CARTA DE GUIA. INCONFORMISMO DO MPM. DECISÃO DO JUÍZO DE PISO REFORMADA POR ESTA CORTE.

Foi suscitada, de ofício, preliminar de não conhecimento deste feito por entender que houve afronta ao art. 161 do RISTM, no que foi rejeitada por este Tribunal.

No mérito, o MPM recorreu da Decisão de primeiro grau que declinou da competência em favor do Juízo de Execução da Justiça estadual, sem observar o mandamento previsto nos arts. 594, 595 e 598, todos do CPPM.

Este Tribunal vem entendendo, na forma da legislação processual castrense, que compete ao Juiz Federal da Justiça Militar expedir o Mandado de Prisão, logo em seguida ao trânsito em julgado da Sentença que condenou o acusado civil, como também é do Magistrado da JMU a competência para a expedição da Carta

de Guia de sentenciado civil ao diretor do estabelecimento prisional a ser cumprida a pena.

Houve a reforma do *Decisum* recorrido para que fossem cumpridos os procedimentos exigidos nos mencionados artigos do Código Adjetivo Castrense, antes de encaminhar o feito ao Juízo de Execução competente.

Correição Parcial provida. Decisão por unanimidade.

---

## 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 maioria**, rejeitou a preliminar, arguida de ofício pelo Ministro José Coêlho Ferreira, de não conhecimento da presente Correição Parcial com fulcro no art. 161 do RISTM. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha acompanhava o voto do Ministro José Coêlho Ferreira, acolhendo a preliminar. No mérito, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento ao Recurso ministerial para que, reformando-se a Decisão hostilizada, sejam expedidos o Mandado de Prisão e a Carta de Guia pela Justiça Militar da União, antes do envio do feito ao Juízo de Execução Penal da Justiça Comum Estadual, nos termos do voto do Relator Ministro Odilson Sampaio Benzi.

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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Pérciles Aurélio Lima de Queiroz, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. O Ministro José Coêlho Ferreira fará declaração de voto quanto à matéria preliminar. O Ministro Lúcio Mário de Barros Góes não participou do julgamento da preliminar. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 11/11/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial requerida pelo Ministério Público Militar (MPM), contra Decisão do Juízo da 4ª CJM, que declinou da competência em prol da Justiça Estadual e não expediu o Mandado de Prisão do Civil BRUNO SANTOS GERHEIM, que foi condenado pelo crime de receptação, previsto no artigo 254 do CPM, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, sem o benefício do “sursis” e o direito de apelar em liberdade.

A denúncia foi oferecida pelo MPM em desfavor do acusado, em 20 de junho de 2014, como incurso no artigo 254 do CPM, tendo sido recebida parcialmente em 26 de agosto de 2014.

Inconformado, o MPM interpôs Recurso em Sentido Estrito, e, em sessão realizada em 23 de abril de 2015, o Superior Tribunal Militar conheceu e deu provimento ao recurso ministerial, para desconstituir a decisão proferida pelo Juízo “a quo” e determinar o recebimento da denúncia na sua totalidade.

Em Audiência realizada em sede de primeiro grau, no dia 10 de setembro de 2018, o denunciado foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por receptação, no regime inicial aberto, sem o benefício do “sursis” e o direito de apelar em liberdade.

Irresignada, a defesa apresentou o recurso de Apelação.

Este Tribunal, ao julgar a Apelação nº 7000963-66.2018.7.00.0000, da relatoria do Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, decidiu, por unanimidade, pela manutenção da Sentença “a quo” por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em 22/2/2021, o MPM manifestou-se pelo início da execução da pena na Justiça Comum, com a expedição, pelo Juízo da 4ª CJM, do respectivo Mandado de Prisão e da Carta de Guia correspondente.

A DPU, por sua vez, alegou que tal medida seria desproporcional, uma vez que o réu foi condenado por crime não violento em regime aberto. Assim, entendeu que a expedição de guia de execução é da competência do Juízo Estadual.

Em decisão de 9/3/2021, o Juiz Federal da Auditoria da 4ª CJM declinou da competência em favor da Vara de Execuções Penais em Juiz de Fora-MG, nos termos do art. 62 do CPM, por entender que cabe ao Juízo Estadual verificar se o caso é de encaminhamento do sentenciado à Casa de Albergado ou de substituição da pena por medidas alternativas. Para o magistrado, a expedição de Mandado de Prisão, neste momento, ocasionaria a segregação desnecessária do sentenciado, que provavelmente terá direito a alguma medida prevista no artigo 43 do Código Penal.

Inconformado com a Decisão, o MPM interpôs Recurso em Sentido Estrito perante esta Corte.

Em suas razões, requereu a reforma da decisão do Juízo de Piso – que declinou a competência da Justiça Militar para a Justiça Estadual –, para que fosse expedido o Mandado de Prisão e a Carta de Guia, antes do envio do feito à Vara de Execuções Penais.

Nas contrarrazões, a DPU rebateu o pleito requerido pelo MPM, com a consequente manutenção da decisão guerreada.

Em decisão de 7/4/2021, o Juiz Federal da JMU inicialmente entendeu que, pelo princípio da fungibilidade, o presente recurso se trata de Correição Parcial, previsto no art. 498, alínea “a”, do CPPM.

Em juízo de retratação, a Decisão vergastada foi mantida pelo magistrado “a quo”, com a consequente remessa do feito ao STM.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ROBERTO COUTINHO, manifestou-se pelo conhecimento e pelo provimento desta Correição Parcial.

É o Relatório.

## VOTO

### PRELIMINAR EX OFFICIO DE NÃO CONHECIMENTO

Em breve relato dos fatos, consta na espécie que o Juízo de origem declinou de sua competência em favor da Vara de Execuções Penais da Justiça comum, nos termos do art. 62 do CPM, por entender que cabe ao Juízo Estadual verificar se o caso é de encaminhamento do sentenciado à Casa de Albergado ou de substituição da pena por medidas alternativas. Por essa razão, entendeu que a expedição de Mandado de Prisão pela Justiça Militar sem, antes, o Juiz de Execução analisar as medidas previstas no art. 43 do CP comum ocasionaria a segregação desnecessária do sentenciado.

Inconformado com a Decisão, o MPM interpôs Recurso em Sentido Estrito, buscando a reforma dessa decisão proferida pelo Juízo de piso – que declinou de sua competência em favor da Justiça Estadual –, para que fosse expedido o Mandado de Prisão e a Carta de Guia, antes do envio do feito à Vara de Execuções Penais da Justiça comum.

Ao apreciar o Recurso Ministerial acima, o Juiz Federal da JMU o converteu em Correição Parcial, previsto no art. 498, alínea “a”, do CPPM, fundamentado no princípio da fungibilidade, com a consequente remessa do feito a esta Corte Superior para dirimir a questão.

Chamada a se manifestar sobre o assunto, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. ROBERTO COUTINHO, opinou pelo conhecimento e pelo provimento desta Correição Parcial.

Iniciada a Sessão de Julgamento virtual neste grau *ad quem*, **o eminente Ministro Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA suscitou a preliminar de não**

**conhecimento da presente Correição Parcial**, por entender que o Juízo de origem contrariou o art. 161 do RISTM e a jurisprudência desta Corte, ao proceder nessa conversão.

Embora não se ignore a mencionada Norma Castrense e os precedentes jurisprudenciais, há que se entender, **de forma excepcional**, que a presente Correição Parcial deve ser conhecida, tendo em vista que o feito já se encontra na fase executória e, possivelmente, irá trazer prejuízos ao andamento do processo, caso não seja corrigido o equívoco “in procedendo” em que incorreu o laborioso Magistrado de origem, ao converter o Recurso Ministerial (RESE) em Correição Parcial.

De fato, torna-se imperioso que esta Egrégia Corte Castrense reveja esse erro procedimental, de imediato, a fim de que o processo seja encaminhado a contento para o Juízo de Execução da Justiça comum, já que o sentenciado é civil.

Assim, se esta Corte Superior não corrigir a irregularidade de procedimento nesta oportunidade, talvez não poderá mais fazê-lo, pois é muito provável que o MPM seja alcançado pelo instituto da intempestividade, caso resolva recorrer outra vez, pela via escorregia, visando sanar esse problema, criando no mínimo, a meu ver, um impasse entre a Auditoria da 4ª CJM e o Juízo de Execução da Justiça comum.

Por isso, rejeito a preliminar de não conhecimento.

## MÉRITO

A presente Correição Parcial é tempestiva e preenche os requisitos para sua admissibilidade, pelo que deve ser conhecida.

Ao se examinar a matéria de fundo, vê-se que assiste razão ao *Parquet* Castrense, uma vez que a competência para a expedição do Mandado de Prisão ao condenado nesta Justiça Especializada é, de fato, do Magistrado da Justiça Militar da União, pelas razões que se seguem.

O presente feito refere-se à irrisignação do Ministério Público Militar, em vista da Decisão do Juízo da Auditoria da 4ª CJM, que declinou da competência em prol da Justiça Estadual e não expediu o Mandado de Prisão em desfavor do Civil BRUNO SANTOS GERHEIM, que foi condenado, pela infração prevista no artigo 254 do CPM (receptação), à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, sem o benefício do “sursis” e o direito de apelar em liberdade.

Inicialmente, cabe destacar que o Recurso em Sentido Estrito apresentado pelo MPM realmente não é o adequado. A hipótese da alínea “e”

do artigo 516 do CPPM (“concluir pela incompetência da Justiça Militar, do auditor ou do Conselho de Justiça”) somente seria cabível em caso de sucumbência Ministerial. No entanto, conforme se verificou, foi o próprio MPM quem requereu a declaração de incompetência (evento 9).

A questão ora enfrentada diz respeito à competência do Juízo Castrense para expedir o Mandado de Prisão e a consequente Carta de Guia a condenado civil pela Justiça Militar.

Para a resolução da lide, é importante buscar a legislação pertinente ao assunto. Dessa maneira, veremos como o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar, a Lei de Execução Penal e, ainda, o enunciado nº 192 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça tratam desse assunto.

Começando, temos que o **Código Penal Militar**, quando se refere à execução da pena após o trânsito em julgado, assim dispõe:

Pena privativa da liberdade imposta a civil

Art. 62 - O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, **ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum**, de cujos **benefícios e concessões, também, poderá gozar**. (Grifo nosso).

Por sua vez, a **Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP)**, quando se refere ao condenado pela Justiça Militar, traz:

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

**Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente** ao preso provisório e **ao condenado pela Justiça** Eleitoral ou **Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária**. (Grifo nosso).

Ainda sobre o tema, o **enunciado nº 192 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça** diz o seguinte:

Súmula 192. Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a **execução das penas impostas a** sentenciados pela **Justiça** Federal, **Militar** ou Eleitoral, **quando recolhidos** a estabelecimentos sujeitos à administração estadual. (Grifo nosso).

Ao compulsarmos o **Código de Processo Penal Militar sobre a questão, verifica-se que:**

#### **Competência**

Art. 588. **A execução da sentença compete ao auditor da Auditoria por onde correu o processo**, ou, nos casos de competência originária do Superior Tribunal Militar, ao seu presidente.

(...)

### Carta de guia

Art. 594. **Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa da liberdade**, se o réu já estiver preso ou vier a ser preso, o auditor ordenará a expedição da carta de guia, para o cumprimento da pena.

### Formalidades

Art. 595. **A carta de guia**, extraída pelo escrivão e assinada pelo auditor, que rubricará todas as folhas, **será remetida para a execução da sentença**:

(...)

b) **ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena**, quando superior a dois anos, imposta a militar ou assemelhado ou a civil.

### Conteúdo

Art. 596. **A carta de guia deverá conter**:

a) **O nome do condenado, naturalidade, filiação, idade, estado civil, profissão, posto ou graduação;**

b) a data do início e da terminação da pena;

c) o teor da sentença condenatória. (Grifo nosso).

Art. 598. **Remeter-se-ão** ao Conselho Penitenciário **cópia da carta de guia** e de seus aditamentos, **quando o réu tiver de cumprir pena em estabelecimento civil**. (Grifo nosso).

Nesse sentido, também esclareceu o MPM em suas razões:

(...) cumpre afirmar que **a execução da pena propriamente dita só tem início com a expedição da carta de guia e o recolhimento do sentenciado, não se podendo falar, até a concretização da prisão, em jurisdição a ser exercida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais** de Juiz de Fora, razão pela qual os artigos 594 e 598, do Código de Processo Penal Militar, **são expressos ao atribuir ao Juízo Castrense as medidas necessárias à execução da sentença**. (Grifo nosso).

Ademais, conforme se depreende da legislação supra mencionada, a Carta de Guia é expedida e remetida tão somente com o objetivo de orientar a criação do Processo de Execução Penal, pois esse documento contém a qualificação do réu, os dados do processo criminal, as penas impostas na condenação e as datas de cumprimento da reprimenda.

Destarte, de acordo com o que se averigua na legislação acima e se observa na jurisprudência dos Tribunais Superiores, em se tratando de acusados civis ou ex-militares, bem como em Juízos de condenação e de

execução diversos, a competência desta Justiça Especializada só termina após o envio do Mandado de Prisão e da Carta de Guia para a Justiça que irá executar a pena, conforme precedentes a seguir.

Sobre o assunto, trago o entendimento do **Superior Tribunal de Justiça**, *in verbis*:

EMENTA. **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA**. EXECUÇÃO PENAL. GUIA DE RECOLHIMENTO EXPEDIDA SEM PRÉVIO MANDADO DE PRISÃO PARA COMARCA DIVERSA. ART. 65 DA LEI Nº 7.210/84.1. **A expedição de guia de recolhimento do Juízo da condenação para Juízo de comarca diversa somente poderá ocorrer após envio de prévio mandado de prisão, uma vez que a competência do Juízo das Execuções de comarca diferente da do Juízo da condenação só se firmará após a devida determinação e concretização da prisão do réu. Antes disso, não há qualquer relação processual de âmbito executório do sentenciado com o Estado diverso do Estado da condenação.** (...). 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Foz do Iguaçu/PR, o suscitado. (CC 119.753/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA Desembargadora Convocada do TJ/PE, Terceira Seção, julgado em 8/5/2013, publicado em 15/5/2013); (Grifo nosso).

EMENTA. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. (...). CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. **PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR FORMULADO PERANTE JUÍZO DE CONHECIMENTO**. ENCERRAMENTO DA JURISDIÇÃO. PRECLUSÃO. **COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES**. PACIENTE EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. NÃO RECOLHIMENTO À PRISÃO. ÓBICE AO INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE JUSTIFICA EMISSÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO INCONDICIONADA À PRISÃO. HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. **Com a superveniência do trânsito em julgado em relação à condenação, fica encerrada a prestação jurisdicional do juízo de conhecimento, não cabendo sua manifestação nos autos a respeito do cabimento de cumprimento da pena em prisão domiciliar. Precedentes. 3. Nos termos dos art. 105 da Lei nº 7.210/84 e art. 674 do Código de Processo Penal, a expedição da guia de recolhimento – e consequente início da competência do juízo das execuções – demanda prévia prisão do réu.** (...) 9. Habeas Corpus não conhecido, mas **ordem concedida de ofício para determinar a expedição de guia de execução definitiva, independente do prévio recolhimento da paciente ao cárcere**, de modo que a defesa possa formular perante o juízo das execuções o pedido de concessão da prisão domiciliar. (HC 366.616/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/4/2017, publicado em 5/5/2017); (Grifo nosso).

Nesse mesmo caminhar, **também vem sendo o posicionamento desta Egrégia Corte Castrense**, a qual entende ser do Juiz Federal da Justiça Militar a competência para expedir o Mandado de Prisão, logo em seguida ao trânsito em julgado da Sentença, como também é do Magistrado da JMU a competência para a expedição da Carta de Guia de sentenciado civil para o diretor do estabelecimento prisional, conforme precedente *in verbis*:

EMENTA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. **EX-MILITAR CONDENADO À PENA SUPERIOR A DOIS ANOS. REGIME ABERTO. MANDADO DE PRISÃO. CARTA DE GUIA. COMPETÊNCIA DA JMU.** CAUTELAS DECORRENTES DA SÚMULA VINCULANTE Nº 56. RECURSO PROVIDO. UNANIMIDADE.

**1. Compete ao Juiz Federal da Justiça Militar, antes de encaminhar os autos à VEP, expedir o mandado de prisão e a decorrente carta de guia, nos termos do art. 594 e seguintes do CPPM, sempre que a execução de Sentença condenatória impor a ex-militar, ou a civil, pena não suspensa condicionalmente.**

**2. O Mandado de Prisão, quando for o caso, deverá constar, expressamente, o regime aberto de cumprimento de pena, bem como a determinação de que o Sentenciado seja recolhido à casa do albergado ou, na sua falta ou na indisponibilidade de vagas, assegurada a prisão domiciliar.**

Recurso provido. **Decisão por unanimidade.** (Recurso em Sentido Estrito nº 7000070-41.2019.7.00.0000, Rel. Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, julgado em 1º/7/2019); (Grifo nosso).

Como visto, o Código de Processo Penal Militar é expresso ao tratar que a expedição da Carta de Guia é de competência do Juiz Federal da Justiça Militar, e que este Magistrado desta Justiça Castrense deve encaminhá-la ao diretor da penitenciária, uma vez que se trata de réu civil.

Assim, o ato de expedição do referido Mandado de Prisão e da Carta de Guia pelo Juiz Militar não configura nenhum abuso de autoridade, como sustentou o Magistrado de Piso em sua Decisão de 7/4/2021, *permissa venia*, haja vista que a legislação e a jurisprudência são bastante claras, quanto à competência dos referidos atos. Pelo contrário, a competência desta Justiça somente se encerra após a expedição desses dois documentos à Justiça Estadual.

Portanto, somente após o envio do Mandado de Prisão e da respectiva Carta de Guia para o diretor da penitenciária, é que se encerra a competência do Juízo da Condenação – no caso, a Justiça Militar – e se inicia a competência do Juízo de Execução, que, nesse contexto, é a Justiça Comum Estadual.

Noutro giro, o Magistrado *a quo* sustentou ser indiscutível, hodiernamente, que o condenado pela Justiça Militar tem direito à progressão de regimes, mesmo que a pena seja cumprida em recinto militar.

Com todas as vênias, mais uma vez, ao laborioso Juiz Federal da JMU, o direito à progressão de regime tem sido negado na esfera desta Justiça Especializada porque o militar foi denunciado, julgado e condenado nos termos de legislação específica – que restringe o exercício de certos benefícios, inclusive a concessão dessa benesse em questão –, e não com base na Lei de Execuções Penais (LEP).

Além do mais, este Tribunal já decidiu que “Nos termos fixados pelo CPPM e pela Lei nº 7.210/1984, **a autoridade competente** para decidir sobre **progressão de regime** de cumprimento da pena e de livramento condicional **é o juiz da execução.**”. (Agravo Interno nº 7000498-23.2019.7.00.0000, julgado em 27/6/2019).

Por outro lado, esse benefício será concedido ao civil condenado pela Justiça Castrense, posto que, nesse caso, ele cumprirá a pena aplicada em estabelecimento prisional civil, e não em recinto militar, nos termos da legislação penal pertinente, conforme dispõe o próprio artigo 62 do CPM.

Em sua decisão, o Magistrado de origem ainda justifica, para não emitir o Mandado de Prisão nesse caso, que o acusado civil em questão foi condenado em regime aberto. Contudo, mais uma vez, não agiu com retidão o Juiz Federal, *concessa venia*. Para tanto, vale a pena registrar o seguinte precedente desta Corte de Justiça Castrense:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. **PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REGIME ABERTO. EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PENAL. JUÍZO COMUM.**

1. O regime aberto não isenta o condenado das formalidades legais, nem o coloca em situação de liberdade plena, pois contra ele pesa condenação transitada em julgado a pena restritiva de liberdade.

**2. A condenação a pena restritiva de liberdade, mesmo que seja garantido o regime aberto para seu cumprimento, demanda a expedição de Mandado de Prisão, documento hábil à deflagração do processo de execução, constituindo-se em formalidade essencial, pois o apenado deve estar à disposição do Juízo de Execução competente para que sejam verificadas suas condições pessoais e as do local, a fim de que sejam estabelecidas as regras de cumprimento da pena.**

**3. O Mandado de Prisão e a expedição da Carta de Guia são os últimos atos afetos à Justiça Militar, sendo o recolhimento do preso o marco para o início da execução e a transferência da competência para a Justiça Estadual, nos exatos termos do art. 594 e seguintes do CPPM e do enunciado da Súmula 192 do STJ.** Ordem denegada. **Decisão unânime.** (Habeas Corpus nº 7000550-82.2020.7.00.0000, Rel.

Min. Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, julgado em 17/9/2020). (Grifo nosso).

Por derradeiro, menciona o Magistrado *a quo* em sua Decisão que, pelo fato de ter sido fixado ao sentenciado o regime inicial aberto, entende que “teria cometido o crime de abuso de autoridade”, caso tivesse encaminhado o Mandado de Prisão ao Juízo de Execução junto à Justiça Comum Estadual. Novamente, não procede esse entendimento, *permissa venia*.

Isso porque este Tribunal já entendeu que “o documento hábil à deflagração do processo de execução é o Mandado de Prisão”, levando-se em conta que foi aplicado ao sentenciado uma pena restritiva de liberdade. Nesses termos, torno a invocar outro esclarecedor trecho do precedente supra, sob a relatoria do eminente Ministro desta Corte Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, **o qual menciona que não existe nenhuma ilegalidade na emissão do Mandado de Prisão contra o sentenciado à pena privativa de liberdade, ainda que fixado o regime aberto, visto que aquele documento constitui formalidade essencial ao início do processo executório, e não se restringe ao regime de cumprimento de pena.**

É dizer que “o Mandado de Prisão se relaciona com **o tipo de pena** privativa de liberdade – **e não com o regime de cumprimento** aberto, semiaberto ou fechado”. (HC nº 7000550-82.2020.7.00.0000, Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Julgado em 17/9/2020.) (Grifo nosso).

Enfim, há de se entender que a expedição do Mandado de Prisão, junto ao Juízo de Execução Estadual por esta Justiça Castrense, **não significa que o sentenciado, lá chegando, será, necessariamente, recolhido ao cárcere.** Até porque o Juiz de Execução vai analisar em que condições esse sentenciado chega para cumprir a pena.

Para tanto, é suficiente lembrar, por exemplo, o art. 66 da Lei de Execuções Penais (LEP), que prevê:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

**I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;**

**II - declarar extinta a punibilidade;**

**III - decidir sobre:**

a) soma ou unificação de penas;

b) **progressão ou regressão nos regimes;**

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução.

IV - autorizar saídas temporárias;

**V - determinar:**

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

**b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;**

**c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;**

d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

e) a revogação da medida de segurança;

f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;

h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.

i) (VETADO);

**VI - zelar pelo correto cumprimento da pena** e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

X - emitir anualmente atestado de pena a cumprir. (Grifo nosso).

Ainda em relação a essa questão de cumprimento da pena em regime aberto, a Lei de Execuções Penais também apresenta a possibilidade de o condenado cumprir a pena em regime domiciliar, mas somente em casos específicos e desde que cumpridos alguns requisitos. Já o Código Penal comum prevê que o sentenciado em regime aberto cumprirá a pena em Casas de Albergado.

Portanto, esse temor do Magistrado em incorrer no crime de abuso de autoridade não procede, com as devidas vênias, tendo em vista que o Juiz de

Execução analisará a situação do sentenciado, quando lá chegar, antes de determinar o recolhimento deste à prisão.

Quanto à preocupação do Juiz Federal de que o condenado possa cumprir pena em regime mais gravoso em função de falha no sistema prisional brasileiro, vale consignar nesse sentido o enunciado nº 56 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, que dispõe:

Súmula Vinculante 56

**A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso,** devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. (Grifo nosso).

Enfim, por todas as razões apresentadas, merece reparo a Decisão do Magistrado *a quo* da JMU, que declinou da competência em prol da Justiça Estadual, mas não expediu o Mandado de Prisão em desfavor do Civil BRUNO SANTOS GERHEIM e a respectiva Carta de Guia.

Assim, está claro que o Juízo de primeiro grau desta Justiça Especializada é o Órgão competente para expedir o Mandado de Prisão e a Carta de Guia ao Juízo de Execução da Justiça Comum Estadual, contendo todas as informações de praxe, necessárias à formação do Processo de Execução.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao Recurso ministerial, para que, reformando-se a Decisão hostilizada, sejam expedidos o Mandado de Prisão e a Carta de Guia pela Justiça Militar da União, antes do envio do feito ao Juízo de Execução Penal da Justiça Comum Estadual.

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, em rejeitar, **por maioria**, a preliminar arguida, de ofício, de não conhecimento da presente Correição Parcial, com fulcro no art. 161 do RISTM e, no mérito, **por unanimidade**, em conhecer e em dar provimento ao Recurso ministerial, para que, reformando-se a Decisão hostilizada, sejam expedidos o Mandado de Prisão e a Carta de Guia pela Justiça Militar da União, antes do envio do feito ao Juízo de Execução Penal da Justiça Comum Estadual.

Brasília, 11 de novembro de 2021 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA  
Correição Parcial Nº 7000258-63.2021.7.00.0000

No julgamento dos presentes autos, em sede de preliminar e por divergir da douta maioria, apresentei voto divergente pelas razões que passo a expor.

2. Trata-se de Correição Parcial requerida pelo Ministério Público Militar contra a Decisão do Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da Auditoria da 4ª CJM, que declinou da competência em prol da Justiça Estadual e não expediu o mandado de prisão do Civil BRUNO SANTOS GERHEIM, que foi condenado pelo crime de receptação, previsto no artigo 254 do CPM, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, sem o benefício do “sursis” e o direito de apelar em liberdade.

**Preliminar de não conhecimento (suscitada de ofício)**

3. Suscito, de ofício, a preliminar de não conhecimento da presente Correição Parcial, com base em norma específica do Regimento Interno desta Casa, bem como na remansosa jurisprudência sobre a matéria.

4. Conforme foi relatado, os autos informam que o Ministério Público Militar impugnou a Decisão recorrida por meio de interposição de Recurso em Sentido Estrito (Evento 1, documentos 1 e 4) e, desconhecendo a jurisprudência desta Corte e do conteúdo de norma específica do Regimento Interno do STM, o Juízo *a quo* **decidiu aplicar o princípio da fungibilidade e receber o recurso como Correição Parcial, prevista no art. 498, alínea a, do CPPM**, determinando a remessa dos autos a esta Corte logo após se manifestar em sede de juízo de retratação.

5. **Porém, cabe ao STM a análise do segundo juízo de admissibilidade desta Correição Parcial, na forma regimental.**

6. Nesse contexto, dispõe o art. 161 do Regimento Interno do STM, *in litteris*:

**Art. 161. A Correição Parcial requerida indevidamente não poderá ser recebida como recurso, e nenhum recurso poderá ser convertido de ofício em Correição Parcial.** (Grifo nosso).

7. *In casu*, percebe-se, portanto, que era vedado ao Juízo *a quo* empreender a aplicação do princípio da fungibilidade sob a alegação de o recurso ter sido interposto de forma equivocada.

8. Sobre a presente pendência, vale invocar alguns precedentes desta Corte, quando a redação do atual art. 161 do RISTM correspondia ao art. 153 do antigo Regimento Interno, *in litteris*:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IRRESIGNAÇÃO DO MPM. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. **FALTA DE ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.**

O indeferimento de novo laudo pericial não está contemplado nas hipóteses do art. 516, alínea “g”, do CPPM, para o cabimento do Recurso em Sentido Estrito.

O caso versado nos autos melhor se amoldaria à hipótese de Correição Parcial, instrumento voltado à correção de eventuais erros de procedimento adotados pelo Juízo. **Todavia, não se afigura como cabível na espécie a adoção do Princípio da Funcionalidade dos Recursos – que significa o processamento e conhecimento de um recurso por outro, inexistindo má-fé ou erro grosseiro –, uma vez que a Correição Parcial não é uma modalidade de recurso, mas providência administrativa judiciária destinada a corrigir erros de procedimento, sendo vedada, pelo art. 153 do Regimento Interno deste Tribunal, a conversão de recurso em Correição Parcial.**

Assim, no Feito em tela, faltando um dos requisitos objetivos de admissibilidade do recurso, qual seja a adequação da via recursal eleita, e **não sendo cabível a aplicação do Princípio da Funcionalidade, é o caso de não conhecimento do presente Recurso em Sentido Estrito, ficando impedido, portanto, o exame do mérito, pela inadequação da via eleita.**

Recurso ministerial não conhecido à unanimidade.

(Recurso em Sentido Estrito nº 0000065-98.2014.7.07.0007, Relator: Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, Decisão publicada no DJe de 4/9/2014.) (Grifos nossos); e

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (RSE) INTERPOSTO PELA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE NÃO RECEBEU RSE. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. HIPÓTESES DE CABIMENTO TAXATIVAMENTE PREVISTAS. **FUNCIONALIDADE DO RSE PARA CORREIÇÃO PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 152 E 153 DO RISTM.** IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO UNÂNIME.

A interposição de RSE contra decisão que não recebeu RSE, embora cabível, não tem efeito suspensivo, conforme o art. 516, alínea “q” e parágrafo único, do CPPM.

O indeferimento de diligências não está descrito entre o rol das hipóteses taxativamente previstas no art. 516 do CPPM para o cabimento do RSE.

**O princípio da fungibilidade, em face da interposição equivocada de RSE, ao invés de Correição Parcial (providência administrativa judiciária destinada a corrigir “error in procedendo”), não pode ser aplicado, conforme o art. 153 do RISTM.**

Os arts. 152 e 153 do RISTM estão consentâneos com o art. 498, § 2º, do CPPM; e com os arts. 22, I; e 96, I, ambos da CF/1988. Decisão unânime.

(Recurso em Sentido Estrito nº 0000148-90.2016.7.02.0102, Relator: Ministro MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, Decisão publicada no DJe de 29/11/2016). (Grifos nossos).

9. Dessa forma, restou evidente que o conhecimento da presente Correição Parcial encontra óbice na disposição contida no art. 161 do RISTM e na pacífica jurisprudência desta Corte.

Por essas razões, votei para que fosse acolhida a preliminar, arguida de ofício, de não conhecimento da presente Correição Parcial, com fulcro no art. 161 do RISTM.

Superior Tribunal Militar, 11 de novembro de 2021.

Dr. José Coêlho Ferreira  
Ministro do STM

---

---

## CORREIÇÃO PARCIAL Nº 7000412-81.2021.7.00.0000

---

Relator: Min. Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes.

Requerente: Alyson Azevedo Lima.

Requerido: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

### EMENTA

CORREIÇÃO PARCIAL. DPU. PRECATÓRIA. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. RÉU SOLTO. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. DECISÃO UNÂNIME.

Na sistemática do Código de Processo Penal Militar, a intimação ou a notificação do Defensor, constituído ou de ofício, para fins de acompanhamento da inquirição das testemunhas, supre a intimação do Réu solto. Apenas no caso de o Acusado estar preso é que a lei exige a sua intimação ou notificação pessoal.

A Defensoria Pública da União foi regularmente intimada, tanto da expedição da Carta Precatória como, também, sobre a data em que a inquirição realizar-se-ia.

Ademais, ainda que se admitisse a hipótese de irregularidade em virtude da não intimação pessoal do Acusado, a DPU não logrou demonstrar o efetivo prejuízo decorrente da ausência do Réu à audiência, cabendo destacar que a Defesa Técnica se fez presente no ato objurgado e nele atuou ativamente no interesse do Acusado.

No caso, incide o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se declara a nulidade de ato processual se não restar demonstrado efetivo prejuízo à parte. Inteligência do art. 499 do CPPM.

Correição Parcial indeferida. Decisão unânime.

---

### DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, indeferiu a Correição Parcial requerida pela Defesa, mantendo na íntegra a Decisão guerreada, nos termos do voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, 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 Cláudio Portugal de Viveiros. O Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira não participou do julgamento. Ausência justificada do Ministro Artur Vidigal de Oliveira. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 26/8/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial interposta pela Defensoria Pública da União, em favor de ALYSON AZEVEDO LIMA, contra a Decisão prolatada pelo Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 12ª CJM e ratificada pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, nos autos da APM nº 7000203-14.2019.7.12.0012, que não acolheu a arguição de nulidade “face à negativa de garantia ao direito à ampla defesa”, decorrente da falta de intimação do Réu para acompanhar o depoimento de testemunha ministerial.

O Requerente foi denunciado pelo Ministério Público Militar, como incurso nas sanções do art. 210, *caput*, do Código Penal Militar, por ter agido com negligência no manuseio da espingarda BSA ST PUMP, calibre 12, vindo a causar lesão corporal de natureza leve no Sd MATHEUS ANDREY SILVA DE LIMA.

No curso da APM nº 7000203-14.2019.7.12.0012, o Acusado, assistido pela Defensoria Pública da União, requereu o reconhecimento da nulidade da inquirição da testemunha arrolada pelo Ministério Público, CLEVERSON MONTEIRO MIRANDA, realizada pela 1ª Vara Criminal de Brasília/AC, uma vez que, apesar de residir na mencionada cidade, não foi intimado para acompanhar o ato, ficando assim cerceada sua defesa, pois não pôde exercer sua autodefesa, um dos elementos da ampla defesa constitucionalmente assegurada, nem teve assegurada a garantia convencional de acompanhar a instrução processual, compartilhando impressões e orientando a Defensora Pública que acompanhou a oitiva (APM, Evento 84).

O Ministério Público Militar impugnou o pedido defensivo, argumentando, em suma, que a Defesa não demonstrou o prejuízo resultante da ausência do Acusado na audiência de inquirição da testemunha ministerial, realizada via carta precatória. Argumentou, ademais, que a Defesa Técnica estava presente no ato, “tendo a Defensora Pública perguntado à testemunha todos os quesitos apresentados pelo i. Defensor Público Federal na deprecata, complementando ainda com outros questionamentos”, assegurando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa (APM, Evento 93).

Em Decisão proferida em 30/3/2021, o Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria da 12ª CJM rejeitou o requerimento apresentado pela Defesa,

*ad referendum* do Conselho de Justiça, para considerar válida a inquirição da testemunha indicada pelo Ministério Público (evento 77), realizada pela 1ª Vara Criminal de Brasília/AC (APM, Evento 98).

Reunido na Sessão de 7/4/2021, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, referendou a Decisão monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar, para rejeitar o pedido de nulidade (APM, Evento 112).

Regularmente intimada, a Defesa interpôs, tempestivamente, a presente Correição Parcial (APM, Eventos 113/115). O Órgão ministerial apresentou Contrarrazões, contrapondo-se aos argumentos da DPU (APM, Evento 123).

Em Decisão de 21/5/2021, o Juiz Federal da Justiça Militar manteve a Decisão que considerou válida a inquirição da testemunha ministerial (APM, Evento 125). Em Sessão do dia 2/6/2021, o CPJ/Ex, por unanimidade, referendou a Decisão monocrática, para não exercer o juízo de retratação e considerar válida a inquirição da testemunha arrolada pelo MPM, dando seguimento à Correição Parcial postulada pela Defesa (APM, Evento 131).

Em seu arrazoadado (Evento 1, 5-REC), a DPU alega que a não intimação do Acusado para acompanhar a inquirição da testemunha de acusação atenta contra as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/1988). Afirma que o referido comando constitucional abrange a defesa técnica e o direito de autodefesa. Aduz que a supressão do exercício do direito de autodefesa é vício insanável. Nesse sentido, destaca precedentes da Suprema Corte, pontuando o caráter constitucional do direito que o Acusado possui de acompanhar o depoimento de testemunha de acusação e sua ausência configurar nulidade absoluta. Argumenta que a garantia constitucional da autodefesa se manifesta, entre outras formas, pelo direito de presença ou pelo direito de acompanhar os atos processuais, sobretudo nas audiências, o que está contemplado expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e implicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Requer, ao fim, que a Correição Parcial seja recebida e provida, reformando-se a Decisão recorrida, a fim de que o feito seja anulado desde a inquirição da testemunha de Acusação.

Em Contrarrazões (Evento 1, 6-CONTRAZ), o Ministério Público Militar, “diante da inexistência da nulidade suscitada”, pugna pelo desprovemento do pedido da correição parcial apresentado pela Defesa.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral de Justiça Militar CEZAR LUIS RANGEL COUTINHO, opinou no sentido de que a Correição Parcial em tela seja conhecida, porém, no mérito, indeferida (Evento 6).

Em sua manifestação, observou o *Custos Legis* que, *in verbis*:

(...) a legislação castrense estabelece expressamente como suficiente a intimação do Defensor, dispensando a notificação do Acusado, salvo se estiver preso, o que não é o caso dos autos, conforme se depreende da leitura do § 2º do artigo 288 do CPPM, (...).

(...)

De igual forma, o artigo 293 do mesmo Diploma reforça a desnecessidade da intimação do Acusado para audiência de oitiva das testemunhas, bastando a de seu defensor, exceto para o ato da citação, que, no caso, foi regularmente realizada (evento 18 da APM).

(...)

Portanto, nesse cenário fático-jurídico, não se vislumbra no vertente caso concreto em erro ou omissão inescusáveis, muito menos de abuso ou ato tumultuário, de parte do Juiz Federal da Justiça Militar ou do Escabinato que pudesse, de algum modo, configurar prejuízo ao exercício do múnus defensivo, tendo sido observados o devido processo legal e os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

(...).

### É o Relatório.

## VOTO

A presente Correição Parcial é tempestiva e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecida.

*Data venia*, não assiste razão à Defesa.

Consoante Certidões constantes dos autos, desde o início da instrução processual, o Acusado optou pela assistência da Defensoria Pública da União, que foi cientificada no sistema *e-Proc* (APM, Eventos 18, 22/23 e 25). A Defesa ofertou quesitos e foi intimada do Despacho que determinou a expedição de Carta Precatória à Comarca de Brasília/AC, para inquirição de CLEVERSON MONTEIRO MIRANDA (APM, Eventos 49, 52/53 e 56).

E mais, a DPU foi regularmente intimada pelo sistema *e-Proc* de que a inquirição da testemunha ministerial realizar-se-ia no dia 29/10/2020 (APM, Eventos 70/71 e 74). Ademais, corrobora-se nos autos a argumentação aduzida pelo MPM e observada pelo Julgador *a quo*, no sentido de que a Defensoria Pública esteve presente no ato, atuando ativamente na assistência do Acusado (APM, Evento 77, VIDEO2).

Ora, não se olvida que a ampla defesa abrange a defesa técnica e a autodefesa, tampouco se discute que o Acusado tem direito de presença e de acompanhamento dos atos processuais.

Ocorre que, como bem assentou a Decisão recorrida, para fins de acompanhamento da inquirição das testemunhas, na sistemática do Código de Processo Penal Militar, a intimação ou a notificação do Defensor, constituído ou de ofício, supre a intimação do Réu solto. Apenas no caso de o Acusado estar preso é que a lei exige a sua intimação ou notificação pessoal, *in verbis*:

Art. 288. As intimações e notificações, para a prática de atos ou seu conhecimento no curso do processo, poderão, salvo determinação especial do juiz, ser feitas pelo escrivão às partes, testemunhas e peritos, por meio de carta, telegrama ou comunicação telefônica, bem como pessoalmente, se estiverem presentes em juízo, o que será certificado nos autos.

(...)

§ 2º A intimação ou notificação ao advogado constituído nos autos com poderes *ad juditia*, ou de ofício, ao defensor dativo ou ao curador judicial, **supre a do acusado**, salvo se este estiver preso, caso em que deverá ser intimado ou notificado pessoalmente, com conhecimento do responsável pela sua guarda, que o fará apresentar em juízo, no dia e hora designados, salvo motivo de força maior, que comunicará ao juiz. (Grifos nossos).

Como observado no Parecer da PGJM, tem-se ainda o art. 293 do Código Adjetivo Castrense a reforçar a desnecessidade da intimação do Acusado para audiência de oitiva das testemunhas, bastando a de seu defensor, exceto para o ato da citação, *in verbis*:

Art. 293. A citação feita no início do processo é pessoal, bastando, para os demais termos, a intimação ou notificação do seu defensor, salvo se o acusado estiver preso, caso em que será, da mesma forma, intimado ou notificado.

Nessa linha de entendimento, colhem-se os seguintes precedentes na jurisprudência desta Corte Castrense, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. FURTO. RECURSO DEFENSIVO. ARGUIÇÃO DE PRELIMINARES: 1. (...) 2. NULIDADE ARGUIDA COM BASE NA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA OS ATOS PROCESSUAIS. **RÉU EM LIBERDADE**. IMPUTAÇÃO DE ENCARGO À DPU. **ART. 288 DO CPPM**. COMPATIBILIDADE. DEFESA TÉCNICA APRIMORADA A PARTIR DOS CONTATOS COM O RÉU. DEFINIÇÃO DE ESTRATÉGIAS. DISPENSADA A PRESENÇA DO ACUSADO EM DIVERSOS ATOS PROCESSUAIS. EFETIVO ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO PELO DEFENSOR PÚBLICO. RESGUARDADOS OS INTERESSES DA DEFESA. ARGUMENTOS NULIFICANTES INCONSISTENTES. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. (...). 1. (...). 2. **A intimação do Defensor Público, oficiante no feito, supre aquela destinada ao acusado, já citado e em gozo de liberdade**, diante das casuais dificuldades impostas para a sua posterior

localização. **A situação se coaduna com o estabelecido no § 2º do art. 288 do CPPM.** A proximidade entre o Defensor e o seu assistido possibilita a interação necessária ao planejamento da melhor estratégia, sob a qual se estruturará a tese defensiva. Neste viés, é benfazeja a estreita comunicação entre ambos, sendo lícito inferir a existência de canal ativo de contato. Diante deste panorama, a eventual ausência do acusado na consecução dos atos processuais, mormente quando dispensável, não acarreta prejuízo, diante do pressuposto de que a defesa técnica está aparelhada para o desempenho de seu múnus, sobretudo para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Arguição de Nulidade rejeitada. Decisão uniforme. (...). (Apelação nº 7000526-25.2018.7.00.0000. Rel. Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias. Julgamento: 6/6/2019); (Grifos nossos).

EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO DE OFICIAL. CONDENAÇÃO. **A intimação do Acusado é suprida quando o seu patrono está legalmente intimado. Inteligência dos artigos 288, § 2º e 293, do Código de Processo Penal Militar.** Preliminar de nulidade de julgamento rejeitada por maioria. (...); (STM. Apelação nº 0000186-82.2010.7.03.0103. Rel. Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Julgamento: 14/12/2011) (Grifo nosso).

EMENTA: HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DUPLA INTIMAÇÃO. **ACUSADO SOLTO. PERDA DO PRAZO RECURSAL. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ORDEM DENEGADA. UNÂNIME.** Remédio Heroico manejado para buscar a desconstituição do trânsito em julgado em virtude da perda do prazo para interposição de recurso. Alegada ausência de intimação do Acusado a respeito da sentença condenatória. A regência da matéria versada faz-se pelos **artigos 288 e 445**, ambos do CPPM. **Previsão que não compete à dupla intimação, quando o Acusado estiver solto**, assaz, com patrono constituído nos atos e não houver notícia ou indícios de renúncia desse advogado. **Jurisprudência pátria consolidada no sentido de que, tratando-se de acusado solto, mostra suficiente a intimação do defensor constituído** acerca da r. sentença condenatória. (...) *Writ* conhecido e denegado. Decisão à unanimidade. (HC nº 700007279.2017.7.00.0000. Rel. Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa. Julgamento: 15/2/2018). (Grifos nossos).

Como visto, **o fundamento do art. 288, § 2º, do CPPM**, utilizado no *Decisum* guerreado, já **é bastante para afastar a pretensão defensiva**, veiculada na presente Correição Parcial.

***Ad argumentandum tantum***, é válido abordar o entendimento dos Tribunais Superiores, a respeito da inquirição de testemunha no processo criminal, mediante carta precatória, *in verbis*:

## Súmula 155 do STF

É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

## Súmula 273 do STJ

Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

Sobre esse aspecto, atente-se que, no presente caso, a Defensoria Pública atuou na Defesa do Acusado desde o início da instrução processual e foi regularmente intimada, tanto da expedição da Carta Precatória à Comarca de Brasília/AC (APM, Eventos 52/53 e 56), como, também, sobre a data em que a inquirição da testemunha ministerial realizar-se-ia (APM, Eventos 70/71 e 74).

De mais a mais, ainda que se vislumbresse a ocorrência de nulidade do ato processual, em virtude da não intimação pessoal do Acusado, o que se admite apenas para fins de discussão, subsistiria o argumento destacado pelo *Parquet Milicien*, no sentido de que a DPU não logrou demonstrar o efetivo prejuízo decorrente da ausência do Réu à audiência, cabendo destacar que a Defesa Técnica, além de regularmente intimada, se fez presente no ato objugado e nele atuou ativamente no interesse do Acusado.

No caso, incide o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se declara a nulidade de ato processual se não restar demonstrado efetivo prejuízo à parte. A esse respeito, é taxativa a disposição constante do art. 499 do CPPM, *in verbis*:

Art. 499. Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Anote-se que, em situações desse jaez, vertem precedentes na jurisprudência dos Tribunais Superiores, afastando a alegada nulidade, *in verbis*:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. (...). EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A OITIVA DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. **A nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal**, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes: (...). 2. Ademais, **“é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha” (Súmula 155/STF)**. 3. *In casu*,

inobstante a defesa não tenha sido intimada da expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha, não houve comprovação da existência de qualquer prejuízo efetivo. Além disso, o depoimento da testemunha foi acompanhado por defensor dativo e a condenação da paciente lastreou-se em todo o conjunto fático-probatório colhido no durante o processo-crime, não estando embasada apenas no depoimento da testemunha no juízo deprecado. (...). 5. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via eleita. (STF - 1ª Turma. HC nº 119.293. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 8/10/2013); (Grifos nossos).

EMENTA; RECURSO ESPECIAL. ROUBO. NULIDADE. **AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. RECURSO PROVIDO. I. No tema de nulidades, é princípio fundamental, no processo penal, a assertiva da não declaração de nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. II. A nulidade relativa, no processo penal, deve ser arguida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada. III. A presença do acusado na audiência de instrução, embora recomendável, não é essencial para a validade do ato, eis que constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação concreta do prejuízo. IV. Hipótese em que foi nomeado defensor dativo que acompanhou as oitivas da vítima e testemunha, e não se insurgiu quanto à ausência do réu na audiência e tampouco arguiu qualquer nulidade nas oportunidades em que se manifestou nos autos. V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ - 5ª Turma. Recurso Especial nº 1.114.250. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento: 17/2/2011).**

Diante do exposto, de acordo com o § 2º do art. 288 c/c o art. 293, ambos do CPPM, **indeferir** a Correição Parcial requerida pela Defesa, para manter íntegra a Decisão guerreada.

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 indeferir a Correição Parcial requerida pela Defesa, para manter na íntegra a Decisão guerreada.

Brasília, 26 de agosto de 2021 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.



---

Embargos de Declaração



---

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 7000389-38.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Embargante: Izabella Xavier Falcão de Souza.

Embargado: Ministério Público Militar.

Advogado: Dr. José Mário Ramos Correia de Araújo (OAB: PE47165).

---

**EMENTA**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. ART. 1.022 DO CPC. ERRO MATERIAL VERIFICADO. EMBARGOS ACOLHIDOS PARCIALMENTE APENAS PARA SANAR ERRO MATERIAL.

I. Os Embargos de Declaração constituem forma recursal destinada a sanar vícios de omissão, contradição, obscuridade e **corrigir erro material**, consoante dispõe o art. 1.022 do CPC.

II. A tese manifestada nas razões recursais apresentadas pela Defesa, mormente em relação a não aplicação do Tema 660 ao presente caso, já foi demasiadamente conhecida e rechaçada na instância ordinária.

III. Assim, depreende-se dos argumentos apresentados que a Defesa visa, tão somente, à rediscussão de matéria que lhe foi desfavorável com o intuito de buscar efeito modificativo por meio de novo pronunciamento desta Corte acerca de uma decisão unânime.

IV. Embargos de Declaração conhecidos e parcialmente acolhidos, tão somente para sanar erro material, sem alteração dos fundamentos e do resultado do julgado.

V. Decisão unânime.

## DECISÃO

Sob a Presidência e Relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente a Dra. Hermínia Célia Raymundo, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, com fundamento nos artigos 6º, inciso XXVIII, e 130 do RISTM, conheceu e acolheu parcialmente os Embargos de Declaração opostos pela Defesa, tão somente para sanar erro material no Acórdão recorrido, que passa a ter a redação em trecho aqui transcrito sem, contudo, alterar os fundamentos e o resultado do julgado.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. Declarou-se suspeito o Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, na forma do art. 135 do CPPM c/c o art. 141 do RISTM. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 2/12/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Defesa da ex-1º Ten Ex IZABELLA XAVIER FALCÃO DE SOUZA, contra o Acórdão proferido nos autos do Agravo Interno nº 7000121-81.2021.7.00.0000, julgado em 17 de maio de 2021, que, **por unanimidade**, rejeitou o Agravo Interno interposto, mantendo na íntegra a Decisão que, com base no art. 1.030, inciso I, alínea “a”, e inciso V, do CPC<sup>189</sup> e no art. 62, inciso IV, do RISTM<sup>190</sup>, não admitiu o Recurso Extraordinário, negando-lhe seguimento para o Supremo Tribunal Federal.

O Acórdão restou assim ementado, *in litteris*:

---

<sup>189</sup> **Art. 1.030.** Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

**I** - negar seguimento:

**a)** a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

(...)

**V** - realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal (...).

<sup>190</sup> **Art. 6º** São atribuições do Presidente:

(...)

**IV** - decidir sobre a admissibilidade de Recurso Extraordinário, observado o disposto nos arts. 131 a 134;

EMENTA: AGRAVO INTERNO. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO TEMA 660. REEXAME DE MATÉRIA INFRA-CONSTITUCIONAL. VEDADO. REJEITADO. DECISÃO UNÂNIME.

I. A Suprema Corte decidiu que não há repercussão geral quanto à matéria relativa ao reconhecimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando for necessária a apreciação de normas diversas da Constituição Federal, como na hipótese.

II. Para verificar o acerto ou o desacerto da Decisão Plenária, o Supremo Tribunal Federal teria de apreciar o tipo penal constante no art. 308 do CPM, bem como a interpretação dada a este pela primeira e pela segunda instância desta Justiça Castrense. Tal hipótese corresponde, exatamente, ao óbice do precedente citado, no qual não se verifica a repercussão geral, conforme decidido por aquela Corte Suprema no Tema 660.

III. A ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal deve ser direta à Constituição Federal, e não reflexa, que é quando a verificação da suposta ofensa depende de análise de Lei ordinária.

IV. Para aferir se houve de fato ofensa aos princípios constitucionais invocados, seria necessário o reexame da norma infraconstitucional e a aplicação que lhe foi dada pelo Tribunal Castrense.

V. Não obstante a tentativa de uma das Defesas, com o emprego da técnica da distinção (*distinguish*) e da superação (*overruling*), de afastar o Tema 660 de Repercussão Geral para questões de Direito Penal, a hipótese apresentada não se subsume perfeitamente ao precedente citado (ARE 748.371 **RG**), de modo a justificar a reforma da Decisão monocrática proferida pelo Presidente deste Tribunal.

VI. Cabe ao Tribunal a *quo* verificar a admissibilidade do RE e, em caso de já existir decisão proferida em sede de repercussão geral pela Augusta Corte, negar-lhe seguimento, com base no art. 1.030, inciso I, alínea "a", do CPC.

VII. No tema em debate, o STF já decidiu que não há repercussão geral na suposta violação ao devido processo legal se o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, em consonância com o Tema 660 daquela Corte.

VIII. Recurso rejeitado por unanimidade.

Em suas razões, a Defesa da ex-1º Ten Ex Izabella Xavier Falcão de Souza aduz que há trechos na Decisão que materializam a contradição e omissão, que são verificados em enunciados para fundamentá-la.

Reafirma a tese de que a defesa foi atenta ao demonstrar que o caso em concreto trata da questão sob ângulo distinto daquele analisado pela egrégia Corte Superior de maneira que o precedente debatido no ARE 748.371 RG, de

relatoria do Ministro Gilmar Mendes, trata de um caso ligado à alienação fiduciária, matéria que não se relaciona, sob nenhum aspecto, com o direito penal.

Por fim, requer “sejam conhecidos os presentes embargos e que os mesmos sejam providos, de modo que seja esclarecido e reformado o respeitável Acórdão, com o fim de sanar as questões apontadas, visando materializar os direitos da parte autora”.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por sua vez, em contrarrazões aos Aclaratórios interpostos, alegou que a i. Defesa, num primeiro instante:

(...) apontou os pontos nos quais entendeu haver omissão e contradição, o que aparentemente preenche o requisito legal contido no art. 542 do CPPM (...).

Contudo, não há a suposta omissão alegada pela Defesa, ou seja, a não manifestação do Tribunal sobre um pedido defensivo, porquanto desde o julgamento da Apelação pelo Plenário desse e. STM, bem como por ocasião da análise do RE inadmitido pela Presidência dessa Corte, já foi devidamente enfrentada e rechaçada a questão do indeferimento de provas requeridas pela i. Defesa junto ao Juízo de piso, sendo certo que tal indeferimento não violou os princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

A PGJM prosseguiu, ainda, aduzindo que:

Logo, o que se pretende nos Aclaratórios em tela, por via reflexa, é o revolvimento fático-probatório da condenação imposta em desfavor de sua assistida, cuja prestação jurisdicional ordinária já enfrentou e rechaçou todos os argumentos defensivos ora repisados.

Tampouco há a alegada contradição, pois o caso em questão não se revela preenchedor do requisito legal da chamada repercussão geral, porquanto a análise da suposta violação ao princípio do devido processo legal depende necessariamente da prévia análise quanto à aplicação de normas infraconstitucionais (arts. 315 e 427, ambos do CPPM), ou seja, o caso se adequa perfeitamente ao Tema 660 do Excelso STF, como bem decidiu essa Presidência do STM. (sic).

Ao final, opinou pelo conhecimento e rejeição dos Embargos de Declaração em tela, para manter inalterado o *Decisum* embargado, por seus próprios e jurídicos fundamentos (evento 9).

É o relatório.

## VOTO

Inicialmente, verifica-se que os presentes Aclaratórios preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

Frisa-se que os Embargos de Declaração serão opostos com indicação de erro, obscuridade, contradição ou omissão.

*In casu*, a ilustre Defesa afirma que a Decisão vergastada incorreu em omissão e contradição, oportunidade em que cita trechos do Acórdão recorrido, a saber:

#### **1º Trecho citado**

Ademais, caberia aos agravantes, nos presentes Agravos Internos, a demonstração de que a tese firmada pelo STF, no referido precedente, não se aplica ao presente feito.

[...].

#### **2º Trecho citado**

[...]

Nesse sentido, não obstante a tentativa de uma das Defesas, com o emprego da técnica da distinção (*distinguish*) e da superação (*overruling*), de afastar o Tema 660 de Repercussão Geral para questões de Direito Penal, **a hipótese apresentada não se subsume perfeitamente ao precedente citado (ARE 748.371 RG), de modo a justificar a reforma da Decisão monocrática proferida pelo Presidente deste Tribunal.** (destacou).

Nessa esteira, sustenta que o Tema 660, debatido no ARE 748.371, que versa sobre alienação fiduciária, diverge do caso *sub examine* não tendo com ele qualquer similaridade, de modo que o Acórdão recorrido afirma justamente o postulado pela tese defensiva, denotando que entre o precedente citado e o caso ora em análise há distinção.

Da análise do v. Acórdão embargado, verifica-se que, de fato, ao mencionar que a hipótese apresentada não se subsume perfeitamente ao precedente citado (ARE 748.371 RG), de modo a justificar a reforma da Decisão monocrática proferida pelo Presidente deste Tribunal, acabou contemplando uma contradição que, aparentemente, converge com os interesses postulados pela Defesa de que o caso sob seu patrocínio é distinto do referido precedente, quando, em verdade, pretendia referir-se à similaridade entre os casos.

Entretanto, compulsando os autos, evidencia-se que o aresto embargado padece, tão somente, de erro material que não tem o condão de materializar o pleito defensivo, porquanto deve ser mantida a inteireza lógica do julgado.

Deveras, os Embargos de Declaração constituem forma recursal destinada a sanar vícios de omissão, contradição, obscuridade e **corrigir erro material**, consoante dispõe o art. 1.022 do CPC<sup>191</sup>.

Assim, de modo a imprimir coerência ao julgado e corrigir o aludido erro material, substituo o **2º trecho** aqui citado e constante no Acórdão, no evento 29 dos autos nº 7000121-81.2021.7.00.0000, pelo seguinte trecho:

Nesse sentido, não obstante a tentativa de uma das Defesas, com o emprego da técnica da distinção (*distinguish*) e da superação (*overruling*), de afastar o Tema 660 de Repercussão Geral para questões de Direito Penal, **a hipótese apresentada se adequa ao precedente citado (ARE 748.371 RG), de modo que não há justificativa para reformar a Decisão monocrática proferida pelo Presidente deste Tribunal.**

Noutro viés, evidencia-se, com o manejo dos presentes Declaratórios, o manifesto propósito defensivo de rediscutir o mérito do julgado, o que é incabível nesta via recursal.

Com efeito, a matéria objeto dos presentes Declaratórios já foi expressamente examinada no corpo dos Embargos de Declaração nº 7000426-02.2020.7.00.0000, opostos contra o Acórdão nos autos da Apelação nº 7000057-76.2018.7.00.0000, e não cabe seu reexame em sede de Embargos de Declaração opostos contra Agravo Interno contra Decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário.

Como pontuado pela PGJM, evidencia-se que a Defesa busca a reapreciação da discussão de ordem infraconstitucional quanto ao cometimento do delito de corrupção passiva praticado pela embargante, tema já enfrentado e devidamente rechaçado tanto pelo Juízo de piso, por ocasião da prolação da Sentença condenatória (APM nº 0000081-23.2012.7.07.0007), quanto por este Tribunal, por ocasião do julgamento da Apelação nº 7000057-76.2018.7.00.0000, a qual manteve a condenação imposta.

Cumprе recordar que a Decisão proferida pelo Eminentе Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, Presidente do STM à época, negou seguimento ao Apelo Extremo com fundamento no **art. 1.030, inciso I, alínea “a”, do CPC**, justamente pelo fato de a Suprema Corte ter entendido, conforme o julgamento do ARE 748.371 - RG, pela inexistência de repercussão geral quanto à **alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da**

<sup>191</sup> **Art. 1.022.** Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

**III - corrigir erro material.**

(...)

**ampla defesa**, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais, que no presente caso seria o emprego, pelo Magistrado *a quo*, do parágrafo único do art. 315 para indeferir as diligências requeridas na fase do art. 427, todos do CPPM. Eis a ementa do julgado:

Tema 660:

Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos **princípios do contraditório, da ampla defesa**, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. **Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.** Rejeição da repercussão geral. (ARE 748371RG, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 06/06/2013.) (Destques nossos).

Em verdade, a tese manifestada nas razões recursais apresentadas pela Defesa, mormente em relação a não aplicação do Tema 660 ao presente caso, já foi demasiadamente conhecida e rechaçada na instância ordinária.

Assim, depreende-se dos argumentos apresentados que a Defesa visa, tão somente, à rediscussão de matéria que lhe foi desfavorável com o intuito de buscar efeito modificativo por meio de novo pronunciamento desta Corte acerca de uma decisão unânime.

Todavia, como já ressaltado, os presentes Embargos de Declaração não se constituem como meio processual adequado para o reexame da matéria discutida nos autos, constituindo-se, assim, em intuito meramente protelatório.

Nesse sentido, colaciono abaixo jurisprudência da Egrégia Suprema Corte, *in verbis*:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE NORMA JURÍDICA. ARGUMENTOS JÁ ANALISADOS E AFASTADOS PELA DECISÃO RESCINDENDA E PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. **MERA REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTE TRIBUNAL.** OMISSÕES INEXISTENTES. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. INCIDÊNCIA DE MULTA. 1. O acórdão embargado enfrentou e rejeitou, explicitamente, a tese de que haveria erro de fato na decisão rescindenda. **Sob alegação de contradição, pretendem os autores reavivar, pela terceira vez, a mesma questão.** 2. Inobstante a vocação democrática que ostentam e presente sua finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, **não se prestam os embargos de declaração, em qualquer hipótese, para o reexame de questões já apreciadas.** 3. Ausência de omissão justificadora da oposição de embargos declaratórios, nos termos do art. 1022 do CPC, a evidenciar o caráter meramente infringente da insurgência. 4. Embargos de declaração

rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.026, § 2º, do CPC). (Destaques nossos).

(AR 2030 AgR-ED, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 01-06-2021 PUBLIC 02-06-2021).

Ante o exposto, com fundamento nos artigos 62, XXVIII, e 130 do RISTM<sup>192</sup>, **conheço e acolho parcialmente** os Embargos de Declaração opostos pela Defesa, **tão somente para sanar erro material** no Acórdão recorrido que passa a ter a redação em trecho aqui transcrito sem, contudo, alterar os fundamentos e o resultado do julgado.

Intimem-se.

Providências pela Secretaria Judiciária.

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**, com fundamento nos artigos 62, inciso XXVIII, e 130 do RISTM, em conhecer e em acolher parcialmente os Embargos de Declaração opostos pela Defesa, tão somente para sanar erro material no Acórdão recorrido, que passa a ter a redação em trecho aqui transcrito sem, contudo, alterar os fundamentos e o resultado do julgado.

Brasília, 2 de dezembro de 2021 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

---

<sup>192</sup> **Art. 6º** São atribuições do Presidente:

(...)

**XXVIII** - praticar todos os atos processuais nos recursos e feitos de competência originária do Tribunal, antes da efetiva distribuição e depois de exaurida a competência do relator, e declarar a extinção da punibilidade, com fundamento nas situações previstas no inciso XI do art. 13 deste Regimento;

**Art. 130.** Os Embargos de Declaração serão opostos no prazo de cinco dias, por petição eletrônica, nos autos principais, ficando disponíveis ao relator do acórdão embargado, que somente os admitirá se a petição indicar pontos em que o acórdão seja ambíguo, obscuro, contraditório ou omissão.

---

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 7000741-30.2020.7.00.0000

---

Relator: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Relator para o acórdão: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Embargante: Geraldo Magela Silva da Costa, Cap RRM Ex.

Embargado: Ministério Público Militar.

Advogado: Dr. Marcelo Bisi Carneiro (OAB: ES4346).

---

### EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO *IN* REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE OU INCOMPATIBILIDADE PARA COM O OFICIALATO (RDII). DEFESA. QUESTÃO DE ORDEM. PENDÊNCIA DE AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL PERANTE A JUSTIÇA COMUM. SUSPENSÃO DO FEITO NA JMU. INDEFERIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. TESE DA IMPRESCRITIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUPERACÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. TÍTULO JUDICIAL. CONDIÇÃO ESPECÍFICA DE PROCEDIBILIDADE DA RDII. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 18, *CAPUT*, DA LEI Nº 5.836, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1972. ACOLHIMENTO PARCIAL. DECISÃO MAJORITÁRIA.

I - Em sede de Questão de Ordem, indefere-se o pedido da Defesa para que sejam suspensos Embargos de Declaração no âmbito do Superior Tribunal Militar, tão somente, porque pende de julgamento eventual Ação de Justificação Criminal objetivando a antecipação de provas para instruir futura Revisão Criminal. Ademais, em época oportuna e se for o caso, a Defesa do embargante poderá manejar a via adequada para buscar a relativização do trânsito em julgado na Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato. Decisão unânime.

II - Pela dicção da norma constitucional contida no art. 142, § 3º, inciso VII, da CF, entende-se que o Poder Constituinte derivado exigiu, como condição específica de procedibilidade da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, a preexistência de um título judicial, ou seja, uma sentença condenatória transitada em julgado, que tenha fixado pena privativa de liberdade superior a dois anos. Por consequência, o ajuizamento da citada Representação comporta a análise do instituto da prescrição, sob pena de violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

III - Pela pertinência temática, considerando que a prestação jurisdicional invocada nos processos de Conselho de Justificação e Indignidade para com o Oficialato visam à apuração da condição

pessoal do Oficial para permanecer nos quadros das Forças Armadas, aplica-se, por analogia, o critério estabelecido no *caput* do art. 18 da Lei 5.836, de 1972 (Conselho de Justificação), para a fixação do lapso prescricional em sede da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, restando evidente que não houve a ocorrência da prescrição no caso vertente.

IV - Embargos de Declaração parcialmente acolhidos. Decisão majoritária.

---

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, presente o Dr. Antônio Pereira Duarte, representante do Ministério Público, prosseguindo no julgamento interrompido na sessão virtual realizada no período de 1º a 3 de março de 2021, após o indeferimento, **por unanimidade**, do pleito formulado pelo Embargante Geraldo Magela Silva da Costa, em sede de questão de ordem, de suspensão do andamento dos autos até a realização da audiência na citada Ação de Justificação, designada para a data de 28 de abril de 2021, e após o retorno de vista do Ministro José Coêlho Ferreira, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por maioria**, acolheu parcialmente os presentes Embargos de Declaração, tão somente, para sanar a omissão verificada no Acórdão embargado, aplicando-se, por analogia, o art. 18, **caput**, da Lei nº 5.836, de 1972, para afastar o reconhecimento da prescrição suscitada pelo embargante, considerando que a Sentença proferida nos autos do Processo nº 035.08.018841-6 – 6ª Vara Criminal de Vila Velha-ES transitou em julgado em 7/6/2016 e a Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato foi proposta em 25/11/2019, nos termos do voto de vista do Ministro José Coêlho Ferreira. Os Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Relator), Artur Vidigal de Oliveira, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Marco Antônio de Farias e Carlos Vuyk de Aquino acolhiam os Embargos de Declaração interpostos pela Defesa, para suprir omissão constatada no **Decisum** embargado nos seguintes termos: um – reconhecer a existência de garantia fundamental à prescrição/decadência, calcada principalmente nos princípios da dignidade humana e da segurança jurídica, garantia a qual se aplica a todas as interações entre Estado e administrado, ressalvadas as exceções previstas diretamente na Constituição da República (RE 669069/MG); dois – a partir da garantia reconhecida, fixar a aplicação da decadência ao direito postulado nas ações de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade com o Oficialato, uma vez que o objeto demandado cuida da declaração (indignidade/incompatibilidade) e do consequente direito potestativo referente à desconstituição de vínculo jurídico mantido entre as partes (perda do posto e da patente); três – identificar

a existência de omissão legal acerca do prazo e do marco inicial a serem aplicados à decadência incidente na hipótese da Representação dos autos (art. 142, § 3º, VII, CR/88), e suprir essa lacuna exposta com base no art. 244, parágrafo único, da Lei Complementar 75 de 1993, por tratar de objeto análogo (demissão) e de sujeito (membro do Ministério Público) com garantia idêntica à do Oficial representado (vitaliciedade); quatro – tomada por base a referida regra, fixar que a definição do prazo decadencial a ser utilizado se dá com base na pena em abstrato do crime praticado (REsp 379.276/SP), observados os estratos de tempo previstos no art. 109 do Código Penal ou no art. 125 do Código Penal Militar, e que o início da contagem se dá na data em que transitada em julgado a condenação que enseja a Representação (REsp 1535222/MA); e, cinco – para o caso específico dos autos, assentar a aplicação de prazo decadencial de 20 anos, contados desde 7.6.2016, data em que certificado o trânsito em julgado do processo em que restou o Representado condenado, prazo o qual não se implementou entre a citada data e aquela da oferta da Representação 7001351-32.2019.7.00.0000 (25.11.2019).

Acompanharam o voto de vista os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Lúcio Mário de Barros Góes, Francisco Joseli Parente Camelo, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. Relator para Acórdão Ministro José Coêlho Ferreira. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz (Relator) fará voto vencido. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 12/8/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Embargos de Declaração oposto pela Defesa de GERALDO MAGELA SILVA DA COSTA, Capitão da Reserva Remunerada do Exército (Cap RRm Ex), contra o Acórdão proferido por este Superior Tribunal Militar no julgamento da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato nº 7001351-32.2019.7.00.0000.

2. A referida ação representativa foi ajuizada pelo Ministério Público Militar, com base no art. 142, § 3º, inciso VI, e c/c o inciso VII, da Constituição da República, de 1988, por força da condenação do militar a uma pena privativa da liberdade superior a 2 (dois) anos, transitada em julgado, *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 a 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.

III - No mérito, sustentou o Representado que a condenação imposta pela Justiça Estadual do Espírito Santo fundamentou-se em processo destituído de provas suficientes para alcançar um juízo de certeza, logo incabível que a eventual indignidade ou incompatibilidade seja declarada com base em iguais evidências. Tese que não prospera, pois este Tribunal não reexamina as provas e conclusões alcançadas no processo originário em que foi imposta a condenação, visto que o fato tornou-se certo e imutável após o trânsito em julgado. Não cabem mais questionamentos sobre a prática pelo Representado do delito pelo que restou condenado, somente resta analisar se tal fato acarreta ou não a indignidade ou incompatibilidade do Oficial Reformado.

IV - Dito isso, a conduta do Representado de praticar ato violento ao pudor contra sua própria neta, entre os 5 e 12 anos da criança, em continuidade delitiva, com violência presumida, uma vez que a menoridade tornava o indivíduo incapaz de resistir, mostra-se desonrosa à dignidade do Oficialato e, assim, resta impossível a manutenção do posto e da patente desse militar. Portanto, forçosa a procedência do pleito

representativo, para declarar o Oficial indigno, com conseqüente perda do posto e da patente.

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.

VII - Representação julgada procedente para julgar o militar Reformado indigno para com o Oficialato. Decisão unânime.

(STM, Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para o Oficialato nº 7001351-32.2019.7.00.0000, Relator: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, Decisão publicada no DJe de 25/9/2020.)

3. Aos fundamentos dos Aclaratórios, o embargante aduz que, quanto à preliminar de prescrição que suscitou ao tempo da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, não teria a Corte examinado a fundamentação calcada na “incompatibilidade entre a suposta imprescritibilidade e os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica”, tese a qual invocou “nos parágrafos 20 a 25 da defesa apresentada”.

4. Sem questionar o Acórdão em seus demais pontos e conclusões, questiona somente o que compreende ter sido uma omissão do Tribunal ao não se manifestar sobre tópicos expressamente levantados na peça defensiva. Assim, pretende “seja suprida a omissão, para assentar se a natureza imprescritível de tal declaração é, ou não, compatível com os princípios constitucionais apontados como violados”.

5. A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar apresentou as contrarrazões aos declaratórios, da lavra do ilustre Procurador-Geral de Justiça Militar, Dr. ANTÔNIO PEREIRA DUARTE, aduzindo que o embargante buscou,

novamente, “defender a prescritibilidade da ação de declaração de indignidade” ao vinculá-la “à lógica da persecução penal”, não obstante, “segundo amplamente demonstrado no acórdão impugnado”, isso não seria o caso. Em virtude disso, pugnou pela rejeição dos Embargos Declaratórios.

6. Os presentes autos foram inseridos na Pauta de Julgamento de Virtual de 1º a 4 de março de 2021 e, logo após, a Defesa do embargante peticionou requerendo a suspensão destes Embargos Declaratórios até o fim do trâmite da Ação de Justificação nº 0018816-28.2020.8.08.0035, que se encontrava em trâmite na 6ª Vara Criminal da Comarca de Vila Velha-ES.

7. Durante a Sessão de Julgamento Virtual, após a apresentação do voto do eminente Ministro-Relator na Questão de Ordem e no mérito, formulei pedido de vista, na forma do art. 79 do Regimento Interno do STM, cujo retorno se deu na Sessão Virtual de 9 a 12/8/2021.

É o Relatório.

## VOTO

No que diz respeito à admissibilidade dos presentes Declaratórios, essa aferição pode ser depreendida a partir do Despacho exarado pelo eminente Ministro-Relator em 1º/11/2020, *in litteris*:

I - Cuida-se de Embargos de Declaração opostos pela defesa constituída do Representado Geraldo Magela Silva da Costa, Capitão R/1 do Exército que almeja questionar a correção de possível omissão em Acórdão proferido na Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade (RDII) com o Oficialato 7001351-32.2019.7.00.0000, julgada em Sessão Virtual transcorrida entre 14.09.2020 e 17.09.2020, na qual restou procedente o pedido representativo por unanimidade de votos.

II - Considerando a possibilidade de resultar efeitos modificativos ao Recurso em destaque, abra-se Vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar na forma do § 1º do art. 131 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar para manifestar-se no prazo de cinco dias. (Evento 5).

## QUESTÃO DE ORDEM

2. Verifica-se que, após a inclusão dos autos na Pauta de Julgamento Virtual de 1º a 4 de março de 2021, a Defesa apresentou Petição formulando a suspensão destes Embargos Declaratórios até o fim do trâmite da Ação de Justificação nº 0018816-28.2020.8.08.0035, que se encontrava em trâmite na 6ª Vara Criminal da Comarca de Vila Velha/ES.

3. Em virtude disso, o eminente Ministro-Relator submeteu a mencionada pendência ao Plenário desta Corte como Questão de Ordem, na

forma prevista no art. 13, inciso III, do Regimento Interno do STM, articulando, *in litteris*:

(...).

Pelo teor da Inicial da referida Ação, afirma o Recorrente que a neta relatou haver mentido acerca do crime imputado ao avô, o qual redundou na condenação que fundamenta esta Representação. O Processo de Justificação, consoante cópia integral juntada aos autos, em anexo à Petição do Embargante, atesta que o Juízo Capixaba designou a audiência para tomada desse novo depoimento da Sra. Patrícia Pimentel da Costa Martins, a se realizar no dia 28.4.2021. Em face desse cenário e dos documentos acostados, a Defesa requer a suspensão destes Embargos Declaratórios até o fim do trâmite da Ação de Justificação.

Observado que a Petição surgiu quando o Recurso já se encontrava pautado para julgamento nesta Sessão Virtual, compreendi por ser mais benéfico à celeridade processual sua resolução diretamente em Plenário, uma vez que assim se evita o adiamento do julgamento da causa. Porém, pela ausência de relação do objeto da Petição ofertada com a causa principal (Representação) ou mesmo com o discutido nestes Embargos (contradição, obscuridade, omissão ou ambiguidade), vislumbro como único caminho viável suscitar o tema a título de Questão de Ordem, na forma prevista no art. 13, III, do RISTM.

Com isso, coloco a matéria ao exame dos demais pares, conforme voto que segue. Ao objeto discutido, consoante resumido acima, o Recorrente informou que a neta, Sra. Patrícia Pimentel da Costa Martins, ofertou Ação de Justificação Criminal 0018816-28.2020.08.08.0035 perante a Justiça do Estado do Espírito Santo, em trâmite na 6ª Vara Criminal da Comarca de Vila Velha- ES.

A Autora busca sua reinquirição para alterar o depoimento prestado na Ação Penal 035.08.018841-6, na qual o Acusado respondeu e foi condenado. Expôs também o Embargante que Patrícia Pimentel da Costa Martins, alegadamente vítima dos delitos sexuais por ele perpetrados, teria desde já asseverado que “mentiu quanto do seu depoimento em Juízo no curso da referida Ação Penal e [que] afirma a respeito da inocência do Expoente quanto aos fatos que lhe foram atribuídos”. Com isso, crê o avô ser plausível a sua absolvição dos crimes, os quais embasam a discussão destes autos sobre sua dignidade/compatibilidade para com o Oficialato. Com o fim de atestar essas afirmações, acostou a Defesa, em anexo a sua manifestação, cópia integral dos autos da citada Justificação, nos quais constam a Inicial dessa Ação, além de manifestações tanto do Juízo, quanto do Ministério Público Estadual, órgão notificado para participar naquele feito. Ao exame do teor do que foi juntado, confirma-se, a princípio, o exposto na narrativa do Embargante.

Nesse sentido, logo no início da Petição Inicial da Ação de Justificação, Patrícia Pimentel da Costa Martins externa que ajuizou a Justificação para criar “prova nova para fins de instrução de futura revisão

criminal”, revisão essa a ser feita especificamente em favor do militar. Nesse seguimento, aos fatos, relembra que o avô foi condenado “por supostamente ter praticado atos libidinosos” contra sua pessoa, o que resultou em uma pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, que hoje cumpre em regime inicialmente fechado. A partir disso, passa a afirmar que, alcançados seus 24 anos de idade, por se sentir “muito perturbada” e se punir “com toda a situação de seu avô”, teria decidido “contar a verdade”. Para justificar suas falas passadas, prestadas quando era menor de idade, afirma que “era manipulada pela sua avó para fazer as afirmações inverídicas contra seu avô em relação aos supostos atos libidinosos”, bem como “não contou a verdade anteriormente, pois tinha receio de prejudicar sua avó”.

Acrescenta que se manifesta de forma voluntária, por ter interesse, unicamente, na inocência do ascendente quanto aos fatos a ele atribuídos na Ação Penal 035.08.018841-6. Especificamente, busca que a modificação do seu depoimento constitua “prova nova diretamente relacionado ao pedido de revisão criminal que será ajuizada em favor do Sr. Geraldo Magela”. Com isso, conclui pelo requerimento para que seja reinquirida. Quanto às movimentações processuais na referida Ação, a Julgadora primeiramente abriu Vista ao *Parquet* Estadual, mormente pelas implicações à condenação original. Notificado, esse concordou com a tomada de depoimento e requereu o apensamento da Ação Penal. Em último ato que se tem notícia, determinou a Juíza a intimação de todos os envolvidos, inclusive o ora Embargante, na condição de “Acusado”, para comparecimento à audiência a se realizar em 28.4.2021.

Feita essa breve exposição, respeitada a leitura que o Recorrente faz ao processo movido pela neta, julgo que não merece prosperar o pleito para suspender este processo até a tomada de depoimento da Sra. Patrícia Pimentel da Costa Martins e a resolução da Ação de Justificação. Em que pese o que ela dirá se mostre de grande relevância para a esfera penal, compreendo que, por ora, é insuficiente para obstar o trâmite dos Embargos de Declaração e da Representação. Conforme se retira da Sentença condenatória e do Acórdão que a confirmou, exarados na Ação Penal e que dão causa a esta Representação, de fato a palavra da Vítima foi determinante para o juízo condenatório, visto que se presumia tratar-se de crime sexual praticado no âmbito do lar, sem testemunhas visuais. Além disso, destacou o Juiz, àquele tempo, a tese defensiva do militar de que o depoimento da neta seria fruto de desavenças com sua ex-esposa, avó da menina.

Isso tudo foi expressamente consignado na referida Sentença, da qual se detém cópia nos autos da RDII 7001351-32.2019.7.00.0000, juntada em anexo à Inicial ministerial:

Outras testemunhas foram ouvidas, mas nenhuma delas presenciais aos fatos. Os depoimentos limitam-se a dar crédito ou não às versões da vítima e do acusado. Alguns destes depoimentos guardam contradições, especialmente se comparados com os prestados na esfera policial [...], entretanto [...] **tais testemunhas**

**não foram presenciais aos fatos**, não sendo imprescindíveis à resolução da lide. Nos delitos sexuais, **reconhecem os Tribunais que a palavra da vítima é de enorme valia e de grande credibilidade, porque quase sempre são eles praticados às escondidas (exatamente como no caso em tela)**. [...]. Como se vê dos autos o depoimento da vítima é coerente, sendo repetido por diversas vezes (esfera policial, nas diversas oportunidades em que foi atendida por Conselhos Tutelares, Pavivis psicólogos, bem como quando inquirida em Juízo), relatando sempre os mesmos fatos, de forma precisa. [...]. Por outro lado, **a versão sustentada pelo acusado não encontra comprovação nos autos. Em nenhum momento esteve comprovado que a versão da vítima é mentirosa e que estava sendo manipulada pela ex-mulher** do acusado. (Grifo nosso).

Portanto, plausível a tese do Embargante, bem como de sua neta, que a reinquirição da suposta Vítima possa produzir “nova prova” apta a permitir o ajuizamento de Revisão Criminal e, até mesmo, a sua eventual procedência. Quanto a isso, é sabido que a Corte reconhece a utilidade do procedimento (Ação de Justificação) como o meio adequado para que se produzam provas válidas, visto que somente perante autoridade judicial e com a presença da parte contrária (Ministério Público) é que se pode garantir efetivo contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, citam-se a seguir julgados, prolatados em Revisões Criminais, nos quais este Pleno sublinhou aos Requerentes (Acusados em busca da modificação de suas condenações) a necessidade de emprego dessa via prévia à Revisão como meio de produção de “nova prova”, mesmo que só para alterar prova anteriormente produzida na Ação Penal Militar:

**REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 551, ALÍNEAS “A” E “C”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR.** [...]. DECISÃO POR UNANIMIDADE. A Revisão Criminal objetiva o questionamento de decisão condenatória passada em julgado, seja a partir de novas provas, seja pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição. [...]. 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.** [...]. **RETRATAÇÃO DA CONFISSÃO PERANTE A CORTE. VIA INADEQUADA. PRODUÇÃO DE PROVA MEDIANTE INSTRUÇÃO NA INSTÂNCIA DE PISO. IMPOSSIBILIDADE NO JUÍZO DE REVISÃO.** [...]. **A revisão criminal não se presta para colher retratação de confissão. O meio adequado para nova tomada de declarações do réu,** com o intuito

de retratação, **é o pedido de justificação**, considerando que **não serve para a ação revisional prova produzida unilateralmente**. Assim, **deve ser proposto na instância de primeiro grau, uma vez que o juízo de revisão não admite fase instrutória**, e em razão da **necessidade de ser observado o princípio do contraditório, sob pena de causar insegurança jurídica**. Revisão Criminal indeferida. Decisão unânime. (STM. RC 0000240-06. 2017.7.00.0000. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Julgado em 3.5.2018. Publicado em 15.5.2018; grifo nosso).

Inclusive, em processo de minha relatoria, aponte, por ser oportuno, que o Requerente, embora não houvesse obtido procedência em seu pedido original, poderia empreender procedimento judicial de justificação de modo a produzir as eventuais provas novas que entender cabíveis, tal como depoimentos de novas testemunhas:

Esclarece-se que o acima apontado **não elimina a possibilidade da confecção de novas provas** que possam vir a demonstrar a razão nos argumentos da Defesa. Nesse sentido, **existe o pedido de justificação, procedimento o qual era expressamente previsto no anterior Código de Processo Civil de 1973, e ainda é aceito nesta Justiça Castrense [...]**. (STM. RC 7001142-63.2019. 7.00.0000. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 13.2.2020. Publicado em 21.2.2020; grifo nosso).

Entretanto, sem óbice pelo que Patrícia Pimentel da Costa Martins adiantou por escrito, verifica-se que suas afirmações ainda haverão de ser colhidas no processo que instaurou, sob contraditório e ampla defesa, para que então sejam consideradas provas. Além disso, o ato de produção se dará em audiência que está designada para abril deste ano, data essa que, além de distante, pode ser considerada incerta em razão da pandemia atual. Nessa linha, apesar de ser possível antever a absolvição do Embargante no futuro, observe-se que, por ora, a Sentença citada subsiste, mesmo que formalmente, como título condenatório. Dessa forma, descabe afastar a eficácia desse *Decisum* para todos os fins de direito, tanto penais, quanto extrapenais, nestes últimos incluída a esta Ação Representativa, pois fundada em “pena privativa de liberdade superior a dois anos” (art. 142, § 3º, VII, da Constituição da República de 1988) imposta pela Justiça Comum Estadual.

Em outras palavras, todavia tenha sido alegada a injustiça da condenação porque ela se fundamenta unicamente em um depoimento mentiroso, enquanto não exista a prova que demonstre essa falsidade e, mais que isso, o processo próprio e adequado para o confronto desse indício em face da Sentença (Revisão Criminal), não vislumbro relevância suficiente no fato narrado para obstar o prosseguimento do Julgamento deste Tribunal Ético-moral, ainda que venha ser revertido. Ademais, em termos práticos, embora declarada a indignidade do Oficial, compreendo que há possibilidade de reversão deste juízo, por ser passível de alteração frente às circunstâncias novas.

Nesse sentido, a Revisão Criminal é medida ajuizável contra todos os julgados desta Corte, pois não limita seu objeto só aos processos de cunho penal, como se retira do art. 550 do Código de Processo Penal Militar (CPPM): “Caberá **revisão dos processos findos** em que tenha havido erro quantos aos fatos, sua apreciação, avaliação e enquadramento” (Grifo nosso). Mesmo que as hipóteses elencadas no art. 551 do CPPM cite “sentença condenatória”, é sensível a necessidade que, a partir do artigo que primeiro delimita o instituto (art. 550), forneça-se interpretação atual a tais condições. Com isso, deve ser aceito o reexame de Representações de Indignidade, pois elas são “processos findos” desta Corte nos quais é totalmente cabível que ocorram “erros quanto aos fatos, sua apreciação, avaliação e enquadramento”.

Reforça-se a interpretação em questão ao observarmos o que dispõe a Lei de Organização Judiciária (Lei 8.457/1992), a qual, em seu art. 6º, I, ao determinar a competência originária do Tribunal, elenca que lhe cabe “processar e julgar originalmente” a “revisão dos **processos findos** na Justiça Militar” (Grifo nosso). Logo, de novo se percebe a opção da redação legal em não limitar à esfera penal, de modo a, plausivelmente, abarcar todo e qualquer julgado da Justiça Militar da União.

Isso vai ao encontro da própria conformação das competências dos Tribunais na ordem constitucional vigente. Nesse sentido, nota-se que, sem exceções, compete sempre aos Órgãos Colegiados, sejam aqueles de 2ª instância, tal qual este STM, sejam aqueles de atribuição especial (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral) ou extraordinária (Supremo Tribunal Federal), processar e julgar os procedimentos judiciais que digam respeito à revisão de processos que por neles tenha tramitado e sido julgado. Portanto, futuramente, após colhida a reinquirição da neta, caso essa de fato cause o reconhecimento da inocência do Embargante e se já houver transitado em julgado o Acórdão desta Corte, existirá ainda caminho para que o militar obtenha a desconstituição da declaração de sua indignidade e a sua recolocação no Oficialato das Forças Armadas.

Porém, por ora, uma vez que vislumbro não haver certeza suficiente da inocência do militar, este processo ético-moral deve prosseguir.

Pelo todo exposto, por considerar insuficientes e irrelevantes os fundamentos para o fim almejado, após suscitar o debate como Questão de Ordem (art. 13, III, do RISTM), voto por indeferir o pleito de suspensão destes autos até a realização da audiência na citada Ação de Justificação, designada para 28.4.2021. (Grifos no original).

4. Nesse contexto, apenas para complementar a manifestação do eminente Ministro-Relator, vale registrar que, antes mesmo do retorno do meu pedido de vista, esta Corte assentou entendimento sobre a viabilidade de impugnação de decisão do Tribunal em sede de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, no julgamento da Petição nº 7000596-71.2020.7.00.0000, de relatoria da eminente Ministra

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, julgada em 29/6/2021, conforme o seguinte Extrato de Ata, *in litteris*:

(...).

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, 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* 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. (...). (Grifos nossos).

5. Dessa forma, caso o embargante pretenda, oportunamente, pleitear a relativização da decisão transitada em julgado em sede de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, haverá segurança jurídica em relação à via adequada, seja a partir do que foi decidido nos autos da Petição nº 7000596-71.2020.7.00.0000, seja porque esta Corte já terá aprovado Emenda Regimental para inserção da classe processual, que poderá ser ajuizada para rever decisão proferida em RDII, quando a sentença condenatória transitada em julgado for revista na Justiça Militar da União ou na Justiça comum, cujo provimento judicial tenha decidido pela absolvição do representado.

6. A esse propósito, registro também que já houve Sentença nos autos da Ação de Justificação Criminal nº 0018816-28.2020.08.08.0035, ajuizada perante a 6ª Vara de Vila Velha-ES, visando, cautelarmente, produzir prova antecipada para instruir futura Revisão Criminal, *in litteris*:

**(...) DECIDO:**

Inicialmente, torna-se claro que em sede de ação cautelar de produção antecipada de prova, deferida a prova requerida na exordial, e sendo a mesma efetivamente realizada, esgota-se o objeto da ação, cabendo ao magistrado, quando da sentença, apenas homologar o conteúdo da prova, para que a mesma se preste aos devidos fins de direito.

Portanto, nesta modalidade específica de procedimento cautelar, não se mostra cabível qualquer juízo de valor sobre a prova produzida.

Dessa forma, passo à análise dos pressupostos processuais e dos requisitos para antecipação da produção de prova, além da regularidade procedimental da atividade probatória.

Na hipótese dos autos, verifica-se que o pleito da autora voltado à retratação fora justificado quanto à sua necessidade, visto que se amolda perfeitamente à previsão contida nos incisos I e III, do Art. 381 do CPC.

Isso porque narrou a requeira que o Sr. GERALDO MAGELA SILVA DA COSTA fora processado e condenado nos autos de nº 035.08.018841-6, pelo crime previsto no Art. 214 c/c art. 224, "a", e art. 226, II, na forma do art. 71, todos do CPB, à pena de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, por supostamente ter praticado atos libidinosos em face da requerente, todavia, os fatos que ensejaram a condenação nunca vieram ocorrer. Explicou que fora indicada como vítima na presente ação, tendo prestado declarações falsas contra seu avô (ora requerido), uma vez que fora induzida por psicólogos. Neste passo, em razão da suposta necessidade de imediato reparo na condenação do requerido, tem-se consubstanciado o perigo de demora e a necessidade da prova para se justificar o ingresso de ação de revisão criminal.

Registro, por oportuno, que a oitiva da proponente fora realizada perante este juízo, na presença de seu advogado, Ministério Público, do réu na ação penal originária e seu advogado, regularmente constituídos, restando asseguradas a ampla defesa e contraditório.

Assim, por se entender que se encontram preenchidos os requisitos previstos no Art. 381 do Código de Processo Civil, por todo o exposto, HOMOLOGO a prova realizada, a fim de que a mesma produza seus efeitos legais, e EXTINGO o presente feito, com fulcro no Art. 487, I, do CPC/15.

(...).

Vila Velha/ES, 05 de julho de 2021.

Vânia Massad Campos

Juíza de Direito. (Grifos acrescidos).

7. Portanto, por ora, não há qualquer plausibilidade jurídica no pedido de suspensão do julgamento destes Embargos de Declaração.

8. Por essas razões, mediante a apreciação da presente Questão de Ordem, na forma do voto do Relator, este Tribunal indefere o pleito de suspensão destes autos até a realização da audiência na citada Ação de Justificação nº 0018816-28.2020.8.08.0035, que tinha sido designada para 28/4/2021.

### **MÉRITO**

9. Superada a questão discutida na Questão de Ordem, passa-se à análise do mérito.

10. Por ocasião do pedido de vista, na Sessão de Julgamento Virtual de 1º/3/2021 a 4/3/2021, o eminente Ministro-Relator apresentou seu voto na parte meritória, extraíndo-se da Ata de Julgamento, *in litteris*:

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, o Plenário do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, indeferiu o pleito formulado pelo Embargante GERALDO MAGELA SILVA DA COSTA, em sede de questão de ordem, de suspensão do andamento dos autos até a realização da audiência na citada Ação de Justificação, designada para a data de 28 de abril de 2021. Em seguida, no mérito, e na forma do art. 79 do RISTM, pediu vista o Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA, após o voto do Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ (Relator), que acolhia os Embargos de Declaração interpostos pela Defesa, para suprir omissão constatada no *Decisum* embargado nos seguintes termos: **um** - reconhecer a existência de garantia fundamental à prescrição/decadência, calcada principalmente nos princípios da dignidade humana e da segurança jurídica, garantia a qual se aplica a todas as interações entre Estado e administrado, ressalvadas as exceções previstas diretamente na Constituição da República (RE 669069/MG); **dois** - a partir da garantia reconhecida, fixar a aplicação da decadência ao direito postulado nas ações de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade com o Oficialato, uma vez que o objeto demandado cuida da declaração (indignidade/incompatibilidade) e do consequente direito potestativo referente à desconstituição de vínculo jurídico mantido entre as partes (perda do posto e da patente); **três** - identificar a existência de omissão legal acerca do prazo e do marco inicial a serem aplicados à decadência incidente na hipótese da Representação dos autos (Art. 142, § 3º, VII, CR/88), e suprir essa lacuna exposta com base no art. 244, parágrafo único, da Lei Complementar 75 de 1993, por tratar de objeto 26 análogo (demissão) e de sujeito (membro do Ministério Público) com garantia idêntica à do Oficial representado (vitaliciedade); **quatro** - tomada por base a referida regra, fixar que a definição do prazo decadencial a ser utilizado se dá com base na pena em abstrato do crime praticado (REsp 379.276/SP), observados os estratos de tempo previstos no art. 109 do Código Penal ou no art. 125 do Código Penal Militar, e que o início da contagem se dá na data em que transitada em julgado a condenação que enseja a Representação (REsp 1535222/MA); **e, cinco** - para o caso específico dos autos, assentar a aplicação de prazo decadencial de 20 anos, contados desde 7.6.2016, data em que certificado o trânsito em julgado do processo em que restou o Representado condenado, prazo o qual não se implementou entre a citada data e aquela da oferta da Representação 7001351-32.2019.7.00.0000 (25.11.2019).

(...). (Evento 25).

11. Na verdade, pedi vista dos autos porque vislumbrei certa insegurança para admitir abordagem do instituto da decadência, no presente caso, distanciando-se do objeto dos Embargos de Declaração opostos pela Defesa, e também porque surgiu a dúvida sobre se há possibilidade jurídica de suprir lacuna em relação a prazo decadencial, principalmente em relação ao parâmetro adotado pelo eminente Ministro-Relator, para fixar, no tocante ao caso concreto, o prazo decadencial de 20 (vinte) anos para o direito de

postular o ajuizamento da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato no âmbito desta Corte.

12. Como se observa da Inicial dos presentes Embargos de Declaração, a Defesa do CAP RRM EX GERALDO MAGELA SILVA DA COSTA busca, tão somente, que seja debatida por este Tribunal a tese invocada nos itens 20 a 25 da sua Defesa Escrita (Evento 13, documento 1, da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade nº 7001351-32.2019.7.00.0000) por entender que houve omissão à alegação de incompatibilidade entre a suposta imprescritibilidade e os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

13. *In casu*, o eminente Ministro-Relator conferiu efeitos modificativos aos Embargos de Declaração, estabelecendo diversas teses sobre a aplicação do instituto da decadência em sede de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, distanciando-se, a meu sentir, do conteúdo articulado no petítório do embargante.

14. Nesse contexto, com intuito de suprir diversas lacunas pela ausência de previsão legal, o eminente Ministro-Relator realizou um profundo estudo sobre a natureza jurídica dos institutos da decadência e da prescrição, para entender que a pendência deveria ser dirimida com aplicação do primeiro instituto, ao concluir que a Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato se trata de:

(...) um direito de caráter potestativo, titularizado pela Administração Pública, por meio do qual visa obter uma declaração (de indignidade/incompatibilidade) e conseqüentemente impor (sujeição) ao militar processado a desconstituição de negócio jurídico mantido pelos dois, referente ao vínculo empregatício do servidor (perda do posto e patente).

15. Assim, após ter consignado que “onde se fale em prescrição, deverá ser compreendido que se analisa prazo decadencial, inclusive ao se abordar a eventual imprescritibilidade do caso (impassível de decadência)”, o eminente Ministro-Relator apresentou a proposta para: suprir a omissão legal acerca do prazo e do marco inicial a serem aplicados à decadência incidente na hipótese da Representação dos autos (art. 142, § 3º, inciso VII, da Constituição Federal), com base no art. 244, parágrafo único, da Lei Complementar 75 de 1993, elegendo como paradigma o membro do Ministério Público, em virtude de esse ter garantia idêntica à do Oficial representado (vitaliciedade); fixar que a definição do prazo decadencial a ser utilizado se dá com base na pena em abstrato do crime praticado, invocando o precedente do colendo STJ (REsp 379.276/SP), observados os estratos de tempo previstos no art. 109 do Código Penal ou no art. 125 do Código Penal Militar, e que o início da contagem se dá na data em que transitada em julgado a condenação que enseja a Representação (REsp 1535222/MA); e assentar a aplicação de prazo decadencial de 20 (vinte) anos, contados desde 7/6/2016, data em que

certificado o trânsito em julgado do processo em que restou o Representado condenado, prazo o qual não se implementou entre a citada data e aquela da oferta da Representação 7001351-32.2019.7.00.0000 (25/11/2019).

16. Porém, pedindo vênia ao Ministro-Relator, ao mesmo tempo em que o parabenizo pelo esmerado e sólido Voto, entendi que a presente pendência deveria ser dirimida, abordando-se a questão sobre a imprescritibilidade ou não da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, conforme postulou o embargante.

17. Aliás, é importante registrar que a minha manifestação no voto-vista não teve a pretensão de refutar cada argumento do voto do eminente Ministro-Relator, mas a de apresentar as minhas razões de convencimento, para afastar a aplicação do instituto da decadência, por entender que a pendência se resolveria pela abordagem do instituto da prescrição, conforme já foi assentado pelo Tribunal Militar de São Paulo e será demonstrado mais adiante.

18. Com efeito, o simples exercício dialético para estabelecer as diferenças conceituais entre a decadência e a prescrição para, ao final, se concluir que se fala em decadência quando o tipo de direito atingido é potestativo, a meu sentir, não resolve todas as situações, considerando que o legislador poderá dispor de forma distinta. A esse propósito, penso que ainda é atual o seguinte ensinamento do insigne processualista Pontes de Miranda, *in litteris*:

(...) embora as ações declaratórias sejam por regra imprescritíveis, **podem elas estar sujeitas a prazo prescricional ou decadencial, se o legislador entender por limitá-las no tempo** (...). (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Tomo II, 1971, p. 80) (Grifo nosso).

19. Nesse contexto, entendo que o pleito do embargante não pode ser utilizado, para possibilitar iniciativa desta Corte em eleger diversas lacunas em matéria de decadência e, em seguida, supri-las neste caso concreto, **como forma de agravar a situação do embargante**. Ora, conforme já decidiu este Tribunal a **“A Representação é procedimento judicial com objeto eminentemente administrativo, pois visa apurar a repercussão ético-moral do crime pelo qual o Oficial restou condenado”** (REPRESENTAÇÃO P/ DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE Nº 7001351-32.2019.7.00.0000, Relator: MINISTRO PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ.) (Grifo nosso). Dessa forma, como a Representação também é considerada um processo administrativo de natureza sancionatória, com observância do contraditório e da ampla defesa, o próprio legislador ordinário se preocupou em relativizar decisões que se orientem para trazer um maior gravame ao administrado submetido a esse tipo de procedimento. Nesse sentido, há normas gerais vigentes no sistema jurídico brasileiro que preconizam a motivação válida, por parte dos órgãos administrativos ou judicantes, naquelas situações que imponham ou agravem deveres, encargos **ou sanções** ao administrado, bem

como disciplinam os institutos da decadência e da prescrição. Refiro-me à Lei nº 9.784, de 24 de janeiro de 1999, destacando-se as seguintes disposições:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

(...);

**VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

(...);

#### DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

**II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;**

(...)

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários **decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Grifos nossos).

20. Seguindo essa linha de raciocínio, parece ser vedado ao Órgão julgador, na ausência de legislação para o caso vertente, eleger prazo decadencial (**direito material**), com base no art. 244, parágrafo único, da Lei Complementar 75, de 1993, e no art. 109 do Código Penal ou no art. 125 do Código Penal Militar, tão somente, para o fim de agravar a situação do representado.

21. Aliás, o Código Civil Brasileiro delineou regras mais rígidas para o instituto da decadência, de forma a evitar qualquer iniciativa de suprir lacuna em relação a prazo decadencial, *in verbis*:

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência **as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.**

**Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.**

Art. 209. É nula a renúncia à decadência fixada em lei.

Art. 210. **Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.**

Art. 211. Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação. (Grifos nossos).

22. É importante notar que o legislador, por meio do art. 208 do Código Civil, preconiza seja aplicada à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I, sobre o regramento da prescrição, o que leva a concluir que é vedada àquele instituto a aplicação da regra prevista no art. 205, que permite suprir lacunas na ausência de prazo legal, *in verbis*:

**Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.** (Grifo nosso).

23. Dessa forma, passa-se à apresentação das justificativas para que seja superada a omissão do Acórdão embargado, no que diz respeito à alegação do embargante **sobre a incompatibilidade entre a suposta imprescritibilidade e os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.**

24. Com efeito, é possível sustentar, com segurança, que o nosso ordenamento jurídico vigente oferece todos os substratos para que o órgão julgador possa dirimir pendência que vise suprir lacuna de prazo prescricional, a exemplo da hipótese contida no transcrito art. 205 do Código Civil.

25. Isso porque vigora, no âmbito dos nossos Tribunais, o entendimento de que a imprescritibilidade ocorre apenas nos casos expressamente previstos pela Constituição Federal, uma vez que o nosso ordenamento jurídico impõe o instituto da prescrição como regra. Nesse sentido, os seguintes julgados, *in litteris*:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. **IMPRESCRITIBILIDADE.**

(...).

**2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo.**

3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis.

(...).

**5. A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais.**

6. Extinção do processo, com julgamento de mérito, em relação ao Espólio de Orleir Messias Cameli e a Marmud Cameli Ltda, com base no art. 487, III, *b*, do Código de Processo Civil de 2015, ficando prejudicado o Recurso Extraordinário. Afirmção de tese segundo a qual é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental.

(RE 654833, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/4/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-6-2020 PUBLIC 24-6-2020.); (Grifos nossos).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR COMPROVADA MÁ-FÉ. **PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO.** REPERCUSSÃO GERAL. RE 669.069/MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 28.4.2016. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cinge-se a controvérsia à fixação do prazo prescricional da ação de ressarcimento de benefício previdenciário pago indevidamente, quando comprovada a má-fé do beneficiário.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 669.069/MG, em sede de repercussão geral, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 28.4.2016, consolidou a orientação de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

3. **De fato, a prescrição é a regra no ordenamento jurídico**, assim, ainda que configurada a má-fé do beneficiário no recebimento dos valores, inexistindo prazo específico definido em lei, o prazo prescricional aplicável é o de 5 anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, em respeito aos princípios da isonomia e simetria.

4. Enquanto não reconhecida a natureza ímproba ou criminal do ato causador de dano ao erário, a pretensão de ressarcimento sujeita-se normalmente aos prazos prescricionais.

5. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

(REsp 1825103/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). (Grifos nossos).

26. Em relação ao caso vertente, penso que há várias possibilidades de ser suprida a lacuna de prazo prescricional em sede de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, tendo como ponto de partida a própria norma constitucional que dá suporte de validade para a deflagração da citada representação, *in verbis*:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

(...);

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

(...)

**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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)**

**VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)** (Grifos nossos).

27. A partir da leitura da norma constitucional contida no art. 142, § 3º, inciso VII, da CF, extrai-se a certeza de que o Poder Constituinte derivado exigiu, **como condição específica de procedibilidade da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato**, a preexistência de um título judicial, ou seja, uma *sentença condenatória transitada em julgado, que tenha fixado pena privativa de liberdade superior a dois anos*, o que reforça a tese do embargante sobre o pronunciamento desta Corte sobre a questão da imprescritibilidade da Representação.

28. Aliás, apenas por apego à argumentação, sabe-se que, na esfera cível, a sentença condenatória penal transitada em julgado também pode ser considerada um título judicial, situação que está mais alinhada à temática inerente à matéria prescricional, para que determinado título seja exigível. Nesse contexto, prevê o Código de Processo Civil, *in litteris*:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...);

**VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;** (Grifo nosso).

29. Significa dizer, a partir dessas considerações, que a sentença transitada em julgado que tenha condenado oficial das Forças Armadas e

fixado pena privativa de liberdade superior a dois anos, por óbvio, deve ser considerada não só como condição específica de procedibilidade da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, mas também como termo a *quo* para aferir o lapso prescricional, dirigido à pretensão da Administração Pública em deflagrar a mencionada Representação, com vistas à declaração de indignidade/incompatibilidade do militar com o Oficialato e à extinção da relação jurídica entre o Oficial e a Administração Militar, mediante a determinação da perda do posto e da patente.

30. Seguindo essa linha de raciocínio, resta, porém, trazer as hipóteses plausíveis para suprir a lacuna de prazo prescricional em relação à Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, devendo ser afastada, a meu sentir, qualquer analogia a prazos prescricionais previstos em leis que regem carreiras públicas específicas, seja de servidor estatutário, seja de agente político, como é o caso de membro do Ministério Público. Isso porque o ordenamento jurídico fornece outros substratos para a solução do caso vertente, valendo apontar três possibilidades:

30.1 A primeira diz respeito ao prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no já transcrito art. 205 do Código Civil.

30.2 A segunda possibilidade refere-se à adoção do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto na Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, tendo em vista que a Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato é considerado um processo de natureza sancionatória. Assim preconiza a referida lei federal, *in verbis*:

#### **Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999**

**Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal**, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

(...).

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal. (Grifo nosso).

30.2.1 É importante observar, por oportuno, que não se aplicaria ao presente caso o prazo prescricional previsto na lei penal, na forma prevista no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.783, de 1999, pela simples razão de que a Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato não é instaurada para apuração de infração criminal, a qual já foi

apurada em processo-crime e ensejou a sentença condenatória transitada em julgado, que, por sua vez, **será a condição de procedibilidade daquela Ação Declaratória**. Ou seja, parte-se da certeza de que não há mais fatos que possam ser objeto de apreciação na esfera penal, uma vez que se fala em sentença penal transitada em julgado.

30.3 E a terceira possibilidade, por ter estrita relação com a Representação, **se considerada a pertinência temática com o Conselho de Justificação**, diz respeito ao prazo prescricional de 6 (seis) anos, previsto na Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, *in verbis*:

**Art. 18. Prescrevem em 6 (seis) anos**, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.

Parágrafo único. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos.

31. A esse propósito, vale registrar que o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo já assentou esse entendimento, aplicando o art. 18 da Lei nº 5.836, de 1972, por analogia, conforme o seguinte precedente, *in litteris*:

**Ementa: No processo de Indignidade para o Oficialato, a prescrição é determinada pelo critério estabelecido no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 5.836/72, aplicável por analogia.** Decreta-se a perda do posto e patente de Oficial da Polícia Militar que, por vingança, depois do rompimento da relação com a amásia, pratica homicídio contra esta e a filha dela, utilizando-se de recurso que impediu a defesa de ambas. (Tribunal Militar do Estado de São Paulo, Pleno, INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO Nº 000024/2006, Relator: PAULO PRAZAK, Decisão de 19/5/2010). (Grifo nosso).

32. São fragmentos do Acórdão, *in litteris*:

(...).

Tendo em vista a condenação na esfera criminal, o D. Procurador de Justiça ofertou Representação, cujo escopo é a análise da conduta do Representado à luz dos princípios éticos e morais e sua condição pessoal para permanecer nos quadros da Corporação.

**Considerando que o v. Acórdão foi proferido aos 27 de fevereiro de 1992, a demora ao oferecimento da Representação, pela D. Procuradoria de Justiça, veio a ser objeto de insurgência pela Defesa, entendendo que a demanda estaria prescrita.**

Submetida tal questão à Corte Julgadora, reconheceu-se, de fato, o exagerado lapso temporal decorrido entre a decisão final proferida na instância criminal e o oferecimento da Representação, não obstante os E. Magistrados, ao analisarem tal arguição defensiva, entenderam não existir previsão específica para prescrição no caso concreto:

Revelou-se pacífico o entendimento de que a sujeição do Oficial à declaração de Indignidade para o Oficialato tem assento constitucional,

art. 125, § 4º, CF e nos moldes previstos no art. 81, § 1º, da Constituição Paulista.

**Partindo-se da premissa de que a prestação jurisdicional invocada nos processos de Conselho de Justificação e Indignidade para o Oficialato visam à apuração da condição pessoal do Oficial para permanecer nos quadros da Corporação, no exercício da função (ativo) ou ainda, na situação de inatividade (reforma), emergiu a tese pela aplicação, por analogia, do critério estabelecido no parágrafo único do artigo 18 da Lei 5836/72 (Conselho de Justificação), para a fixação do lapso prescricional:**

Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos.

**Por tal entendimento, acolhido pela E. Corte Julgadora, íntegra a pretensão estatal para a apreciação das condutas do Representado nesta sede.**

Ainda sobre o tema, o E. Juiz Evanir Ferreira Castilho analisou a questão sob a ótica de que o processo de Indignidade para o Oficialato teria natureza de “pena acessória” e, portanto, imprescritível, segundo estabelece o Código Penal Militar. Observa que, na prevalência deste entendimento, também não há óbice ao processamento e julgamento do feito.

**Superados os debates, a E. Corte reconheceu válido o poder estatal para apreciação da demanda, consoante a aplicação, por analogia, do critério estabelecido no parágrafo único do artigo 18 da Lei 5836/72, assim, ingressando na matéria de mérito.** (Grifos nossos).

33. Nesse compasso, alinho-me ao entendimento do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo sobre a aplicação do instituto da prescrição no processo de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato por analogia ao disposto na Lei nº 5.836, de 1972. Porém, entendo que caberia a observância, tão somente, do *caput* do seu art. 18, pela mesma razão expendida anteriormente em relação à análise do § 2º do art. 1º da Lei nº 9.873, de 1999, vale dizer, por não mais subsistir fatos que pudessem ser apreciados na esfera penal, pois já foram objeto de decisão transitada em julgado e ostentam a condição de procedibilidade para a própria Representação.

34. Portanto, atento à alegação da Defesa do embargante sobre a “incompatibilidade entre a suposta imprescritibilidade e os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica”, entendo que é mais consentâneo com o interesse público e com a segurança jurídica a proposta de que a lacuna inerente ao caso vertente seja suprida com a adoção do prazo prescricional previsto no art. 18 da Lei nº 5.836, de 1972, considerando que esse diploma legal também cuida da temática referente à declaração de indignidade/incompatibilidade para com o Oficialato e da determinação de perda do posto e patente de oficial submetido a esse procedimento. Porém, o

lapso prescricional de 6 (seis) anos, para o ajuizamento da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, será computado da data do trânsito em julgado da sentença condenatória que tenha fixado pena privativa de liberdade superior a dois anos, conforme já explicitado neste voto.

35. *In casu*, verifico que não houve o transcurso do lapso prescricional de 6 (seis) anos entre o trânsito em julgado da condenação penal nos autos do Processo nº 035.08.018841-6 – 6ª Vara Criminal de Vila Velha-ES (7/6/2016) e o ajuizamento da presente Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato (25/11/2019). Isso porque não há que falar em redução pela metade do prazo, na forma do art. 129 do CPM, conforme invocou a Defesa do representado, ao assinalar que se trata de pessoa com mais de 70 (setenta) anos, uma vez que o lapso prescricional de 6 (seis) anos diz respeito ao prazo para o ajuizamento da Representação, tendo como fato gerador a sentença penal transitada em julgado, não incidindo as regras penais que reduzem os lapsos prescricionais das pretensões punitivas em relação às próprias condutas delituosas.

Ante o exposto, acolho parcialmente os presentes Embargos de Declaração, tão somente, para sanar a omissão verificada no Acórdão embargado, aplicando-se, por analogia, o art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836, de 1972, para afastar o reconhecimento da prescrição suscitada pelo embargante, considerando que a sentença proferida nos autos do Processo nº 035.08.018841-6 – 6ª Vara Criminal de Vila Velha-ES transitou em julgado em 7/6/2016, e a Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato foi proposta em 25/11/2019.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a presidência do Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em indeferir o pleito formulado pelo Embargante Geraldo Magela Silva da Costa, em sede de questão de ordem, de suspensão do andamento dos autos até a realização da audiência na citada Ação de Justificação, designada para a data de 28 de abril de 2021; e, **por maioria**, em acolher parcialmente os presentes Embargos de Declaração, tão somente, para sanar a omissão verificada no Acórdão embargado, aplicando-se, por analogia, o art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836, de 1972, para afastar o reconhecimento da prescrição suscitada pelo embargante, considerando que a Sentença proferida nos autos do Processo nº 035.08.018841-6 – 6ª Vara Criminal de Vila Velha-ES transitou em julgado em 7/6/2016, e a Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato foi proposta em 25/11/2019.

Brasília, 12 de agosto de 2021 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator para o acórdão.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ

Embargos de Declaração Nº 7000741-30.2020.7.00.0000

Cuida-se de **Embargos de Declaração** interposto por Geraldo Magela Silva da Costa, Capitão da Reserva Remunerada do Exército (Cap RRm Ex), contra o Acórdão proferido por este Superior Tribunal Militar (STM) no julgamento da Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para o Oficialato (RDII) 7001351-32.2019.7.00.0000. A referida ação representativa foi movida pelo Ministério Público Militar (MPM), com base no art. 142, § 3º, VI, c/c VII, da Constituição da República de 1988 (CR/88), por força da condenação do militar a uma pena privativa de liberdade superior a 2 anos, transitada em julgado.

O Voto, proferido na Sessão de Julgamento virtual realizada de 14 a 17.9.2020, resultou em Acórdão unânime, do qual se transcreve a ementa:

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 PUDOR 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 a 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.

III - No mérito, sustentou o Representado que a condenação imposta pela Justiça Estadual do Espírito Santo fundamentou-se em processo destituído de provas suficientes para alcançar um juízo de certeza, logo incabível que a eventual indignidade ou incompatibilidade seja declarada com base em iguais evidências. Tese que não prospera, pois este Tribunal não reexamina as provas e conclusões alcançadas no processo originário em que foi imposta a condenação, visto que o fato tornou-se certo e imutável após o trânsito em julgado. Não cabem mais questionamentos sobre a prática pelo Representado do delito pelo que restou condenado, somente resta analisar se tal fato acarreta ou não a indignidade ou incompatibilidade do Oficial Reformado.

IV - Dito isso, a conduta do Representado de praticar ato violento ao pudor contra sua própria neta, entre os 5 e 12 anos da criança, em continuidade delitiva, com violência presumida, uma vez que a menoridade tornava o indivíduo incapaz de resistir, mostra-se desonrosa à dignidade do Oficialato e, assim, resta impossível a manutenção do posto e da patente desse militar. Portanto, forçosa a procedência do pleito representativo, para declarar o Oficial indigno, com consequente perda do posto e da patente.

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 indignidade, 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.

VII - Representação julgada procedente para julgar o militar Reformado indigno para com o Oficialato. 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).

O Extrato da Ata de Julgamento, em sua parte dispositiva, consignou o que segue:

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, o Plenário do Superior Tribunal Militar, por unanimidade, rejeitou a preliminar defensiva, de prescrição, e, por consequência, recebeu a Representação ofertada. No mérito, por unanimidade, julgou procedente a Representação, para julgar o Cap RRM Ex GERALDO MAGELA SILVA DA COSTA indigno para com o Oficialato, com a determinação da perda do posto e da patente (art. 118 da Lei 6.880/1980) e consequente demissão *ex officio* (art. 119 da Lei 6.880/1980); e, por unanimidade, não conheceu do pedido para manutenção do benefício financeiro da aposentadoria detido pelo militar em razão de sua reforma.

Aos fundamentos dos Aclaratórios, o Embargante aduz que, quanto à preliminar de prescrição que suscitou ao tempo da RDII, não teria a Corte examinado a fundamentação a partir da “incompatibilidade entre a suposta imprescritibilidade e os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica”, tese a qual invocou “nos parágrafos 20 a 25 da defesa apresentada”.

Conformado com o Acórdão em seus demais pontos e conclusões, questiona somente o que compreende ter sido uma omissão da Casa ao não se manifestar sobre tópicos expressamente levantadas na peça defensiva. Assim, requer que “seja suprida a omissão, para assentar se a natureza imprescritível de tal declaração é, ou não, compatível com os princípios constitucionais apontados como violados”.

Por considerar possível a ocorrência de efeitos infringentes aos Embargos, determinei a abertura de *Vista* à douta Procuradoria-Geral de Justiça Militar, na forma do art. 131, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), para que apresentasse manifestação, no prazo de cinco dias.

Acostada resposta, argumentou a Procuradoria-Geral que o Recorrente buscou, novamente, “defender a prescritibilidade da ação de declaração de indignidade” ao vinculá-la “à lógica da persecução penal”, não obstante, “segundo amplamente demonstrado no acórdão impugnado”, isso não seria o caso. A partir dessa leitura, concluiu o ilustre Procurador-Geral por requerer a rejeição dos Embargos Declaratórios.

Em 22.2.2021, o Embargante apresentou Petição na qual informa que sua neta, a Sra. Patrícia Pimentel da Costa Martins, ajuizou Ação de Justificação Criminal perante a Justiça do Estado do Espírito Santo, tombada sob o número 0018816-28.2020.08.08.0035. Pelo teor da Inicial da referida ação, afirma o Recorrente que a neta asseverou haver mentido acerca do que crime que imputou ao avô, o qual redundou na condenação que funda esta Representação.

O processo de justificação, conforme cópia integral juntada aos autos, em anexo à Petição pelo Embargante, atesta que o Juízo Capixaba designou a

audiência para tomada desse novo depoimento da Sra. Patrícia Pimentel da Costa Martins, que se realizaria em 28.4.2021. Em face desse cenário e dos documentos acostados, a Defesa requereu a suspensão destes Embargos Declaratórios até o fim do trâmite da Ação de Justificação.

Pautado, iniciou-se o julgamento do feito na Sessão Virtual ocorrida entre 1º e 4.3.2021. Na oportunidade, junto do Voto de mérito, foi apresentada por este Relator manifestação acerca do pedido de suspensão formulado incidentalmente pelo Embargante, examinada como Questão de Ordem, a qual se rejeitava. Naquela Sessão, por unanimidade, o pedido de suspensão foi indeferido. Ao mérito, após Voto de parte dos Ministros, houve pedido de *Vista* pelo eminente Ministro Dr. José Coêlho Ferreira.

Devolvidos ao Pleno, os autos foram pautados para a Sessão de Julgamento Virtual transcorrida entre 9 e 12.8.2021. Nessa, por maioria, ao acompanhar o Voto-Vista trazido pelo indigitado Ministro, decidiu a Corte por dar parcial provimento aos Embargos de Declaração, de modo a tão somente sanar omissão verificada no Acórdão vergastado quanto à definição do prazo prescricional a ser aplicado, o qual se definiu, via analogia, por aquele do art. 18, *caput*, da Lei 5.836/1972.

Ainda assim, restou mantida a declaração de indignidade e conseqüente exclusão do militar reformado por não haver transcorrido 6 anos entre o trânsito em julgado da condenação que ora deu ensejo à RDII, ocorrido em 7.6.2016, e a oferta da ação retrorreferida, que foi manejada pelo MPM em 25.11.2019. Por divergir quanto ao prazo a ser aplicado, restei vencido, motivo pelo qual, em conformidade com Ata de Julgamento e na forma regimental, formulo a seguir o cabível Voto Vencido.

Feita essa introdução dos autos, conforme mais acima relatado, cuida-se de Embargos de Declaração em que se aduz a presença de omissão no Acórdão proferido por esta Corte na RDII 7001351-32.2019.7.00.0000. Na oportunidade do Julgamento, foi primeiro rejeitada a preliminar defensiva na qual se suscitou a presença de prazo prescricional sobre a matéria e que ele teria sido alcançado, o que acarretaria a incorreção na oferta da Ação.

Respeitados os argumentos da Resposta trazida aos autos da Representação, o Tribunal não constatou que qualquer um deles fornecesse “amparo às razões da tese defensiva, de forma que o instituto da prescrição não se aplica ao procedimento da Ação Representativa”. Logo, além de rejeitar a preliminar, votou-se, por unanimidade, pelo recebimento e conhecimento da Representação ajuizada.

No mérito, confirmada a condenação do militar a uma pena privativa de liberdade superior a 2 anos, por crime de conotação sexual, o que atentou à honradez esperada de um Oficial das Forças Armadas, ainda que da Reserva

Remunerada, decidiu-se pela procedência da RDII. Consequentemente, restaram determinadas a “perda do posto e da patente [...] e [a] demissão *ex officio*”.

Por fim, foi formulado pedido subsidiário de manutenção do benefício financeiro recebido pelo Capitão, em face da condição de reservista alcançada antes dos fatos que ensejaram a condenação penal. Em que pese a eventual razão dos argumentos, por não se vislumbrar competência da Justiça Militar da União para a questão de ordem previdenciária, a Corte, por unanimidade, decidiu em não conhecer do requerimento.

Neste Recurso, sem se contrapor aos resultados referentes ao mérito e ao pedido subsidiário, busca a Defesa somente o suprimento de alegada omissão quanto a um dos argumentos ligados à preliminar de prescrição. Especificamente, não haveria sido analisado se a falta de prazo prescricional afeta os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Em arrazoado sucinto e direto, o ilustre patrono da Defesa assim expôs, *in litteris*:

1. No caso, o v. acórdão embargado afastou a preliminar de prescrição, invocada pelo ora embargante, ao fundamento de que a declaração de indignidade/incompatibilidade não possui natureza penal, mas, sim, de julgamento “ético-moral no qual se busca determinar se o representado mantém as condições necessárias para figurar no oficialato”.

**2. Omitiu-se, contudo, quanto à alegação de incompatibilidade entre a suposta imprescritibilidade e os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, tese que fora expressamente invocada nos parágrafos 20 a 25 da defesa apresentada.**

3. Dessa forma, **ainda que se entenda pela natureza de declaração ético-administrativa da perda da declaração de inidoneidade, necessário se faz que seja suprida a omissão**, para assentar se a natureza imprescritível de tal declaração é, ou não, compatível com os princípios constitucionais apontados como violados, inclusive para fins de viabilizar, ao embargante, o devido prequestionamento desses fundamentos, de natureza constitucional. (Grifo nosso).

Sobre a preliminar, resumidamente, no Acórdão se afirmou que a discussão não dizia respeito a “questões fáticas ou processuais ligadas à conduta delituosa, mas sim se a condenação criminal ocasiona a indignidade ou incompatibilidade do Oficial para permanecer nas Forças Armadas”. Ocorria “um julgamento ético-moral” referente à manutenção pelo Representado “[d]as condições necessárias para figurar no Oficialato”.

Com isso, afastou-se a tentativa de atribuir “caráter penal ao provimento” da Corte na Representação, ao passo que este Tribunal Superior não estava a impor “uma pena privativa da liberdade ou congênere”. Assim, “não há natureza de pena na eventual declaração de indignidade ou incompatibilidade” e, em virtude disso, afirmou-se ser “descabida a pretensão a um direito à prescrição penal”.

Ademais, afastou-se a pretendida equiparação da causa de agir da Representação (condenação a uma pena privativa de liberdade superior a 2 anos) com a fase disciplinar-administrativa do procedimento do Conselho de Justificação, tratado na Lei 5.836/1972. Determina o art. 18, da citada lei, que a fase administrativa deve iniciar em 6 anos, sob pena de prescrição.

Não obstante uma certa similitude, concluiu-se pela impossibilidade de equiparação entre processos de naturezas distintas (administrativo versus judicial). Ao revés, fosse ser observado algum prazo, haveria de ser aquele aplicado aos “processos oriundos de Conselhos de Justificação”, isto é, aos processos judiciais que se instauram após a conclusão dos aludidos Conselhos (art. 14 da Lei 5.836/1972), que justamente não possuem tal prazo.

Com isso, a princípio, acreditou-se terem sido devidamente respondidos todos os questionamentos suscitados pelo então Requerido, ora Embargante. Assim, como dito, fixou-se a tese pela aparente imprescritibilidade do direito estatal em mover a ação de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para o Oficialato, independentemente do intervalo de tempo entre o trânsito em julgado da condenação criminal e o ajuizamento deste processo.

Entretanto, ao retornar à Peça Defensiva original, especialmente no intervalo citado (“parágrafos 20 a 25”), nota-se que, de fato, a razão assiste ao Embargante: embora o todo arrazoado no Voto, não se forneceu resposta direta à alegação de eventual desrespeito aos princípios constitucionais sublinhados, nem mesmo indiretamente o restante das razões da Decisão conseguiu entregar solução a essa questão.

Nessa senda, reconhece-se que os Embargos devem ser conhecidos. Percebida a omissão do julgado, o Recurso se mostra cabível e adequado, enquanto é igualmente tempestivo, além da Parte deter legitimidade e interesse. Requisitos extrínsecos não estão presentes. Portanto, votei por **receber** e **conhecer** dos Aclaratórios.

Ao mérito, uma vez percebida a omissão a ser suprida, concorda-se, portanto, que é necessário determinar se houve desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica ao se afirmar pela imprescritibilidade da Representação. No caso sob análise, reconheceu-se que a Ação, à primeira vista, por falta de regramento legal, não detém previsão referente à prescrição.

A partir disso, também porque se mostraram inadequadas as construções teóricas ofertadas pelo Requerido, concluiu-se, *a priori*, que inexistente prazo à pretensão da Administração Pública, razão pela qual, por ora, a RDII foi considerada imprescritível. Entretanto, como pontuado pela Defesa, a análise procedida pela Corte – e, conseqüentemente, a norma produzida (imprescritibilidade) – não foi filtrada através dos princípios apontados.

Apresentado o desacerto praticado no Acórdão, o que motiva a sua correção nesta oportunidade, cabe antes explicitar outro equívoco ocorrido. Nesse sentido, em sintonia com a evolução que proponho, ao me desfiliar da compreensão inicial apresentada no Voto da Representação, percebi que a causa extintiva invocada pela Parte (prescrição) não se adéqua à hipótese dos autos, ao passo que essa se associa, na verdade, às regras da decadência.

Quanto a isso, a definição entre prescrição e decadência se mostra relevante principalmente pelos efeitos decorrentes. A título de exemplo, as causas interruptivas e suspensivas do interregno extintivo, em regra, cingem-se à prescrição – art. 197 a art. 202 do Código Civil (CC) –, pois prazos decadenciais nem se reiniciam (interrupção), nem param (suspensão), *vide* art. 207 do CC.

Noutro ponto, o estabelecimento da natureza correta influencia na possibilidade de satisfação do direito após implementada a causa extintiva. Enquanto a decadência extingue o próprio direito (art. 209 do CC), o que impede o cumprimento do postulado; a prescrição elimina somente a capacidade de buscar a satisfação do direito (*pretensão*), visto que o devedor poderá realizar a obrigação mesmo se prescrita, ou inclusive abdicar da garantia à prescrição (art. 191 do CC).

Dito isso, a proceder com a explicação do enquadramento do fato à decadência, antes é válido diferenciar os dois institutos.

Como adiantado, em relação à prescrição, ela é fato extintivo das pretensões, as quais se originam do descumprimento de um dever jurídico por parte de alguém em face do direito subjetivo detido por outrem (art. 189 do CC). Uma vez ocorrida a transgressão, nasce a obrigação que atrela, de um lado, o “devedor” a prestar algo (fazer, não fazer ou entregar/pagar) e, do outro, o “credor”, que detém a pretensão à satisfação dessa obrigação.

Nesse sentido, Hironaka e Franco (2008) deitam as bases para compreensão dos componentes da relação obrigacional em questão:

[E]m sentido mais estrito, situar-se-á a ideia de obrigação, referindo-se apenas ao dever oriundo à relação jurídica creditória (pessoal, obrigacional). Mas não apenas isto. **Na obrigação, em correspondência a este dever jurídico de prestar** (do devedor), **estará o direito subjetivo à prestação** (do credor), **direito este que, se violado** – se ocorrer a inadimplência por parte do devedor –, **admitirá, ao seu titular (o credor), buscar no patrimônio do responsável pela inexecução (o devedor) o necessário à satisfação compulsória do seu crédito, ou à reparação do dano causado, se este for o caso.** (*apud* TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: Volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 519).

Nesse cenário, segundo leciona Tartuce (2020, pp. 457/8), além da consolidação feita no Código Civil atual, há muito o direito pátrio assumiu a

associação da prescrição “às ações condenatórias, ou seja, àquelas ações relacionadas com direitos subjetivos, próprio das pretensões pessoais”. Com isso, pode-se afirmar que o objeto dessas ações judiciais será de caráter eminentemente condenatório, intencionadas ao reconhecimento de uma obrigação de fazer, deixar de fazer ou de pagar/entregar do devedor ao autor.

Alcançadas tais compreensões, infere-se que o direito subjetivo afetado pela prescrição se caracteriza pela possibilidade de sua violação, a qual servirá justamente como ponto inicial de contagem do prazo. Ainda, nota-se que do descumprimento ao dever jurídico, legal ou contratual, decorrerá a relação obrigacional que pautará a interação entre as partes, impondo ao devedor o préstimo (fazer, deixar de fazer, entregar/pagar) e ao credor a prestação.

Seguinte, acerca da decadência, embora igualmente associada a um direito subjetivo, aquele titularizado por indivíduo, ela se conecta especificamente à espécie dos direitos potestativos. Neles a ligação jurídica entre os polos permanece, porém a relação deixa de tratar de uma obrigação e passa a cuidar de uma *sujeição*. Ao invés de algo ser cobrado de um descumpridor, há simplesmente a imposição da vontade do detentor da potestade sobre o outro, que não a pode evitar.

Nessa linha, Agnelo Amorim Filho, em paradigmático artigo (*In Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961*), cunhou que “a principal característica dos direitos potestativos é o estado de sujeição”. Tal circunstância torna o seu detentor capaz de influir “sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas”, ou seja, sem que a vontade daquele que está sujeito a tal poder possa influenciar na satisfação do direito.

Com isso, denota-se que os direitos potestativos não dependem, para o seu manejo, de um descumprimento prévio, uma vez que, na verdade, “são insuscetíveis de violação” (AMORIM FILHO, 1961). Por consequência, diferente dos direitos subjetivos pessoais ou reais, os potestativos deixam de estar atrelados a uma *pretensão*, o que então impede, em regra, a sujeição a um prazo prescricional, como igualmente conclui o autor:

Deste modo, fixada a noção de que o nascimento da pretensão e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por CHIOVENDA, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que **só os direitos da primeira categoria, (isto é, os “direitos a uma prestação”), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, e somente eles dão origem a pretensões**, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos – (que são, por definição, **“direitos sem pretensão”, ou “direitos sem prestação”,** e que se

caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação) – **não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.** (AMORIM FILHO, 1961. Ob. cit.; grifo nosso).

Tartuce complementa essa concepção ao traçar um nexo dos direitos potestativos – e da decadência, por consequência – às ações constitutivas, aquelas as quais detêm por natureza fornecer resultados que constituem, modificam ou extinguem uma relação jurídica:

Por outro lado, **a decadência está associada a direitos potestativos e às ações constitutivas**, sejam elas positivas ou negativas. As ações anulatórias de atos e negócios jurídicos, logicamente, têm essa última natureza. **A decadência, portanto, tem relação com um estado de sujeição, próprio dos direitos potestativos.** Didaticamente, **é certo que o direito potestativo, por se contrapor a um estado de sujeição, é aquele que encurrala a outra parte, que não tem saída.** (Ob. cit., 2020, p. 458; grifo nosso).

Logo, deduz-se que o direito potestativo representa uma sujeição, que, quando empregada, impõe a criação, alteração ou finalização de um vínculo que as partes mantenham. A decadência então influi nessa potestade ao servir de limite temporal para o exercício dela. Caso vencida, acarreta “a perda de um direito, em decorrência da ausência do seu exercício” (TARTUCE, 2020, p. 493), e não somente da pretensão, já que essa dependeria de um descumprimento/violação, que sequer ocorre na hipótese.

Feita essa descrição, começa-se a notar que o direito analisado nos autos não se mostra suscetível de violação e, portanto, que seja prescritível. Não houve pelo Embargante uma ofensa a dever que, por sua vez, tenha redundado em violação a direito da Administração. Igualmente, inexistente uma pretensão obrigacional do Estado contra o Capitão da Reserva a qual vise à condenação dele a fazer, deixar de fazer ou entregar/pagar algo.

Note-se que, embora vulgarmente entendida como uma “pena a que se condena”, a indignidade/incompatibilidade é uma declaração, enquanto a perda do posto e da patente configura uma desconstituição de vínculo jurídico. Logo, na verdade, há o manejo pelo Estado de um direito potestativo seu, que sujeita o militar à extinção do vínculo empregatício que mantinham.

Em harmonia com a fundamentação exposta, sobressai que o Representado está sujeitado à eventual imposição estatal, se ela vier a ser reconhecida e aceita por este Tribunal. Ou seja, ainda que possa formular defesa no processo, se procedente a Representação, será desconstituído o vínculo que até então mantinham o Estado e o militar, sem que necessite de ação ou inação do Embargante para que isso se concretize.

Discerne-se que a retirada do posto e da patente diz respeito somente ao vínculo jurídico entre o militar e a Administração Pública, estivesse ele na

ativa ou na inativa, recebendo ou não soldo ou pensão. Ocorre verdadeira cassação do contrato das partes, em virtude de fato (condenação penal, transitada em julgado, a uma pena de mais de 2 anos) que torna possível (e obrigatório, por força do princípio da legalidade estatal) a finalização (efeito constitutivo negativo) do negócio jurídico.

Em termos próximos ao supra colocado, Agnelo resume as características que determinam a qualidade constitutiva da ação judicial proposta, nas quais, como se intentou destacar até aqui, encaixa-se a Ação Representativa em debate:

[...] já se pode concluir que **as ações constitutivas têm as seguintes características:** a) - **não pressupõem a existência de lesão a um direito**, como ocorre nas ações condenatórias; b) - **por meio delas não se exige uma prestação do réu, mas apenas se pleiteia a formação, modificação, ou extinção de um estado jurídico;** c) - **não são meio para se restaurar um direito lesado**, mas meio pelo qual se exercitam duas classes de direitos potestativos; d) **não têm por objetivo a satisfação de uma pretensão, se se entender como tal “o poder de exigir de outrem uma prestação”, pois os direitos potestativos são, por definição, “direitos sem pretensão”;** [...]; finalmente: e) - **as sentenças proferidas nas ações constitutivas (positivas ou negativas) não são suscetíveis, e nem carecem, de execução**, pois o conteúdo de tais ações se esgota com o provimento judicial que determina a criação, modificação, ou extinção do estado jurídico. (AMORIM FILHO, 1961, Ob. cit.; grifo nosso).

Por outro ângulo, sublinha-se que o emprego do processo judicial nesta situação não se confunde com a pretensão penal original, que acarretou a condenação criminal transitada em julgado, a qual agora serve de causa de pedir para a Representação. Em que pese a demanda criminal também tenha sido titularizada pelo Estado contra o Representado, o direito potestativo ora postulado não está vinculado total e diretamente àquela.

A respeito do objeto do processo crime, o delito praticado gerou em favor do Poder Público a pretensão em obter a condenação do Oficial à pena de encarceramento, que constitui clara obrigação de fazer (cumprir tempo de aprisionamento) decorrente da ofensa praticada (crime). Em outras palavras, ocorreu ato (crime) de descumprimento com um dever legal (proibição do tipo penal), ao qual correspondeu um direito (*ius puniendi*) que, embora a Vítima tenha sido a neta do Representado, é titularizado pelo Estado.

A diferença entre os dois procedimentos se reforça a partir do fato de que, caso extinta a executividade da pena (a pretensão ao cumprimento da pena), o direito postulado na Representação (direito potestativo à desconstituição) não restará afetado. Ou seja, o nascimento do direito à retirada do posto e da patente (extinção do vínculo jurídico) depende tão só da certeza acerca do fato criminoso (condenação transitada), consoante fixa a lei de regência (art. 142, § 3º, VI c/c VII, CR/88), e não da punibilidade.

A título de precedente do afirmado no parágrafo acima, esta Corte, ao conhecer de RDII fundada em condenação com pena prescrita, fixou que os interesses na declaração de indignidade e na perda do posto e da patente são autônomos em relação à possibilidade de ser executável a privação da liberdade:

Ementa. Representação para declaração de indignidade. Oficial reformado da Força Aérea condenado pela Justiça comum à pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos. **Prescrição da pretensão punitiva retroativa.** Representação da Procuradora-Geral da Justiça Militar com fundamento no art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da CF/88 e segundo o rito previsto no art. 112 do Regimento Interno do STM (RISTM). **Oficial julgado e sentenciado pelas 2ª e 3ª Varas Federais Criminais às respectivas penas de 4 (quatro) anos de reclusão e 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática do crime de contrabando e descaminho - art. 334 do CP. Certidão comprova caráter irrecorrível da sentença condenatória, tendo sido decretada a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição. Ministério Público Militar assevera inoccorrência de impedimento para ajuizamento e processamento da ação, por persistirem efeitos secundários da sentença, não obstante a incidência da extinção da punibilidade pela prescrição. [...]. Rejeição de preliminar da defesa pugnando pela recusa da ação declaratória e extinção do processo sem apreciação do mérito, com esteio na ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.** Acolhimento de representação da Procuradoria-Geral da Justiça Militar para declarar oficial indigno, com a conseqüente perda do posto e patente. Decisão unânime. (STM. RDII 2005.01.000049-0. Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Julgado em 14.3.2006. Publicado em 10.5.2006).

Ainda, especificamente sobre a necessidade de processo judicial para a aplicação dos efeitos da RDII, essa obrigação legal não é unicamente aplicável quando se quer impor sanção. Isto é, a dependência de procedimento jurisdicional, com observância das devidas garantias processuais, em nada altera a natureza da questão em debate (direito potestativo), pois nem só as penas dependem de forma especial para sua incidência.

Sobre o tipo de direito potestativo em debate, que depende do manejo pela via jurisdicional, Agnelo destaca que essa característica não o desnatura. Ao contrário, reflete uma escolha legislativa em fornecer “**maior segurança** para determinadas situações jurídicas **cuja alteração tem reflexos acentuados na ordem pública**” (AMORIM FILHO, 1961; grifo nosso). Notadamente, a relevância de tal múnus (necessidade de processo) se revela pela opção em fixá-lo diretamente na Carta Magna (art. 142, § 3º, VI, CR/88).

Essa judicialização evita inclusive que o indivíduo alvo da sujeição possa “concordar” com o direito postulado, ou que sua “confissão” torne certa a procedência do pedido inicial. A situação examinada nos autos vai ao encontro dessa leitura: não pode o Representado se autodeclarar indigno/incompatível extrajudicialmente, nem retirar ele próprio seu posto e sua patente. Iguamente,

eventual confissão não vincula o julgamento, pois esta Corte é livre para, ao fim, ainda assim decidir pela improcedência da petição ministerial.

Em síntese ao todo exposto neste tópico, constata-se que Representação não cuida de uma *pretensão* do Estado a uma obrigação em desfavor do Representado. A causa de pedir desta ação não trata de ofensa pelo militar contra um dever que mantivesse perante a Administração Pública, ao passo que não se confunde com o delito praticado e, portanto, com a condenação criminal.

Ao revés, a RDII trata de um direito de caráter potestativo, titularizado pela Administração Pública, por meio do qual visa obter uma declaração (de indignidade/incompatibilidade) e conseqüentemente impor (*sujeição*) ao militar processado a desconstituição de negócio jurídico mantido pelos dois, referente ao vínculo empregatício do servidor (perda do posto e patente).

Com isso, afasta-se a qualidade de prescrição do prazo de extinção a ser empregado para o caso, ao mesmo tempo em que se distingue o direito postulado como potestativo e, portanto, submetido a perecimento pela inação no tempo em razão da decadência. Ou seja, onde se fale em prescrição, deverá ser compreendido que se analisa prazo decadencial, inclusive ao se abordar a eventual imprescritibilidade do caso (impassível de decadência).

Feito esse recorte, avança-se à análise do efetivo mérito dos Embargos. Sobre isso, deve ser determinado se dos princípios da dignidade humana e da segurança jurídica é retirável a eficácia pretendida pelo Embargante: se por meio deles é possível a determinação da existência de garantia/direito pelo cidadão a um prazo extintivo (prescrição ou decadência) em desfavor do direito estatal (*pretensão* ou potestativo) contra ele mobilizado.

Sobre os citados princípios, embora vagos e abstratos, ambos detêm inegável relevância no ordenamento pátrio, tanto no aspecto formal, quanto material. Na via formal, constata-se sua disposição entre as normas fundantes do ordenamento pátrio: a dignidade diretamente entre os fundamentos da República (art. 1º, III, CR/88); a segurança (ainda que em sentido mais genérico) no *caput* do art. 5º, de modo a vincular todos os direitos fundamentais enumerados no dispositivo.

No aspecto concreto, o qual decorre em grande medida do posicionamento na Lei Maior, denota-se a irradiação deles para todo o ordenamento e, mais especificamente, a relação que os preceitos em questão mantêm, mesmo que indireta, com os institutos da prescrição e da decadência. Os dois princípios, na interação entre indivíduo e Estado (pano de fundo do caso), possuem distinta eficácia negativo-protetiva, em favor do particular e contra o Poder Público, enquanto causas extintivas das intenções estatais.

Na ordem em que citados, a dignidade da pessoa humana, além de vincular medidas positivas, pode ser observada como parte de um mecanismo

defensivo, empregável para demandar controle das pretensões do Estado contra o particular. Em outros termos, é crível que o ordenamento pátrio não admita que o Poder Público, em qualquer aspecto, possa ser ilimitado, isto é, capaz de fazer tudo sem observar alguma forma de baliza.

Em obra conjunta, Ingo Sarlet, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero descrevem que, além da capacidade ativa que autoriza a demanda de medidas concretas, o princípio detém relevante eficácia negativa, pela qual possibilita que se evitem ações que atentem, desmedidamente, ao núcleo personalíssimo do indivíduo (dignidade):

**A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela** (a dignidade da pessoa humana) **é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral** (portanto, de todos e de cada um), **condição que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva (negativa)** ou prestacional (positiva) da dignidade. **Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos**, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; p. 288).

Já a segurança jurídica, na sua faceta de pacificadora das relações sociais, congrega o ideal temporal, de modo a inserir uma régua de tempo que impeça a eternização das pretensões estatais. Com isso, a despeito da eventual conformidade da demanda que se queira mover, o vencimento do prazo aplicável acarretará o perecimento ou do direito em si (decadência) ou da pretensão em sentido estrito (prescrição).

Nota-se, então, que a garantia que se constrói deve atuar contra o arbítrio desmedido no tempo. Ou seja, é um escudo do particular em face do Poder Público que o protege de um perpétuo estado de ansiedade e apreensão, estado esse que decorrerá caso se permita a perenização da possibilidade de cobrança de algo há muito ocorrido. Com isso, o particular também é libertado de manter eternas comprovações que atestem sua isenção quanto ao fato questionado.

Leitura aproximada à acima foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG. No caso, ao analisar a imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento do Erário, com base na parte final do art. 37, § 5º, da CR/88, destacou a Corte Máxima que tal ocorrência (a imprescritibilidade) é uma exceção que somente pode estar prevista diretamente na Carta Magna.

Assim, como expuseram os cultos Ministros Dias Toffoli e Carmen Lúcia na oportunidade, não só a imprescritibilidade deve ser vista como uma exceção, como igualmente é forçoso que se reconheça a existência de garantia do cidadão contra o Estado, em linhas próximas às construídas acima. Na respectiva ordem em que citados, primeiro o ilustre Ministro sublinhou expressamente a existência desse “direito” à prescrição:

**[...] devo destacar que a imprescritibilidade das pretensões consiste em regra universal e foi adotada, no sistema jurídico brasileiro, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da paz social,** os quais estão entalhados na Carta da República. Daí poder-se concluir que **a imprescritibilidade das ações só pode ser uma opção da própria Constituição, como ocorreu na eleição das ações penais relativas à prática de racismo (art. 5º, inciso XLII, CF) ou à ação de grupos armados,** civis ou militares, contra a ordem constitucional ou o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV, CF). **Também foi garantida constitucionalmente a imprescritibilidade do direito estatal sobre seus bens imóveis, dispondo-se que são insuscetíveis de usucapião os imóveis públicos urbanos ou rurais** (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da CF). (STF. RE 669069/MG. Rel. Min. Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 3.2.2016, DJe-082 divulgado em 27.4.2016, publicado em 28.4.2016; grifo nosso).

Por sua vez, a eminente Julgadora do Excelso Pretório, além de fazer eco ao caráter excepcional da imprescritibilidade, destacou a idêntica compreensão fornecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, relevante doutrinador no Direito Administrativo, e, com maior ligação à tese que aqui se traça, a irrazoabilidade que ocorreria se acatada a possibilidade de pretensões estatais serem manejadas *ad eternum*:

Eu estou acompanhando, Presidente, e, como já foi afirmado, até mesmo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, insuperável administrativista brasileiro, vinha sustentando até a 26ª edição do seu Curso de Direito Administrativo, a tese da imprescritibilidade, que ele, então, mudou e apresenta argumentos muito ponderáveis e aproveitáveis por nós, neste julgamento, exatamente para aquilo que ele chamou de “imprescritibilidade limitada”. Ou seja, a Constituição teria adotado apenas para os casos específicos listados, como já foi aqui ponderado por muitos dos eminentes Pares que me antecederam. E, naquela ocasião, também esse foi um tema de discussão do 6º Congresso Mineiro de Direito Administrativo, e se registrou, na conclusão daquele Congresso, que **essa tese de imprescritibilidade esbarraria no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional.** Primeiro, porque não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, e hoje, até por lei, não se exige isso, a documentação necessária para uma eventual defesa. (Grifo nosso).

Ainda que o julgado referenciado tenha dito respeito à prescrição das ações de ressarcimento do Estado, notável que a relevância se mantém na construção que se faz nestes autos. A garantia fundamental a um prazo que

elimine pretensões e direitos em face da inação dos titulares desses, precipuamente quando forem aqueles detidos pelo Estado, não pode ser atrelado unicamente ao instituto da prescrição.

Deve-se estender o fixado pela Suprema Corte às hipóteses de decadência. É forçosa a leitura de que a Carta Magna, em virtude dos fundamentos e princípios que a balizam, garante sim a possibilidade de uma defesa pelo cidadão contra o arbítrio do Estado no tempo, seja por meio da prescrição, seja pelo emprego da decadência. Consoante visto, isso não só atende à dignidade humana mínima, como também fornece a necessária segurança jurídica às relações sociais.

Pode se dizer também que levar tal garantia unicamente às situações afetadas por prazos prescricionais (pretensões), além de não coadunar com o todo até aqui exposto, afeta o preceito fundamental à isonomia, bem como o princípio da legalidade estatal. Pelo primeiro, notável que as disparidades entre a prescrição e a decadência, ainda que várias, quanto ao tema-base desta ação (manejo de direito estatal em desfavor do administrado), não justificam um tratamento desarmônico.

Nesse sentido, ao Poder Público não é autorizado que persiga eternamente alguém por um delito, independentemente do quão grave (ressalvadas as exceções constitucionais – art. 5º, XLII e XLIV, CR/88), pois se aplicará a prescrição, mesmo que ausente previsão específica. *Mutatis mutandis*, ainda que a condenação penal seja séria, parece irrazoável admitir que o Oficial representado não detenha garantia contra a Ação Representativa no caso de haver sido vencido um interregno considerável entre o fato que a enseja (trânsito em julgado da Sentença Penal) e a sua oferta/ajuizamento.

Se aceita essa separação, estabelecer-se-iam duas classes de direito da Administração Pública: aqueles que excepcionalmente não estarão sujeitos a uma extinção por inação (prescrição), e os outros que serão por regra, quando não houver previsão legal de prazo próprio, imperecíveis (decadência). Logo, a igualdade (art. 5º, *caput*, CR/88) demanda que a leitura vinculante feita (RE 669.069/MG) se aplique à situação dos autos, com base na conclusão de que, quando a Constituição não houver excepcionado, todo e qualquer direito estatal, inclusive os potestativos, está sujeito a uma causa extintiva no tempo.

No que toca ao segundo princípio, é compreensão consolidada que o princípio da legalidade ao mesmo tempo em que fornece aos cidadãos a faculdade de a tudo fazer até que lei diga em contrário, age de forma oposta com a Administração Pública: essa é livre para fazer ou deixar de fazer aquilo que a lei assim disser. Em outras palavras, se ausente previsão legal própria, não pode o Estado adotar determinada postura, seja de ação (fazer), seja de inação (deixar de).

Posta essa colocação em vista, a ele se soma a constatação do Excelso Pretório recém-examinada: a *imprescritibilidade (indecaibilidade)* é exceção que depende de determinação expressa na Constituição e somente nela

poderia ter sido feita. Com isso, resta visível imaginar direitos potestativos *indecaíveis*, sem que a Lei Maior assim o tenha dito, nem mesmo de forma implícita, desrespeita o princípio em questão.

Se assim não o for, incorre-se em nova dessintonia. Tratar-se-á, injustificadamente, de forma diferente os dois institutos, pois, para que se tenha uma imprescritibilidade, cobra-se a demonstração dessa exceção na Carta Magna, *vide* por exemplo art. 37, § 5º, CR/88. Por outro lado, para que um direito seja impassível de decair, bastará que o próprio Estado não tenha instituído um prazo em lei, sem necessidade de que, tal qual a prescrição, exista uma exceção de ordem constitucional que assim o diga, ou sequer infraconstitucional.

Assim, alcance-se a conclusão de que, a despeito do que se expôs no Acórdão embargado, a tese pela *imprescritibilidade* (ou *indecaibilidade*) fere sim os princípios invocados pelo Embargante. Compreender que o Estado pode manejar esta Ação (ou qualquer outra *pretensão* ou *sujeição*), quando bem o entender, viola a garantia fundamental gerada pelos referidos preceitos fundamentais (dignidade humana e segurança jurídica), além de, como se veio a constatar, atentar à igualdade e à legalidade quanto ao tratamento dado aos institutos da prescrição e da decadência.

Ao se suprir a omissão do julgamento nos termos acima, denota-se a incorreção teórica praticada, pois é certo que todo direito estatal deve estar submetido a um prazo de extinção. Ressalvam-se dessa regra unicamente aquelas que a Constituição assim determinar, justamente porque, uma vez percebida que a *prescritibilidade* (ou *decaibilidade*) é garantia fundamental do indivíduo, decorre a conclusão de que somente o texto magno pode excepcionar a si próprio, consoante também posto no precedente invocado (RE 669.069/MG).

Trazida essa construção à situação da declaração de indignidade/incompatibilidade e da exclusão do Oficial da Força Terrestre, nota-se que o dispositivo constitucional que a institui (art. 142, § 3º, VI e VII, CR/88) não tratou de qualquer forma acerca da prescrição ou da decadência a ser aplicada. Isto é, não só deixou de prever um prazo extintivo, como igualmente não especificou que a Ação Representativa seja uma exceção à regra fundamental de extinção dos direitos estatais no tempo (decadência).

Logo, a prerrogativa à Declaração de Indignidade/Incompatibilidade com o Oficialato não foi equiparada a outras pretensões imprescritíveis (ou *indecaíveis*), tais quais aquela do art. 37, § 5º, e do art. 183, § 3º, ambos da CR/88. Nesse cenário, torna-se visível que o tema em debate não está acima da garantia fundamental do cidadão à prescrição/decadência das demandas contra si manejáveis.

Entretanto, da mesma forma que se denota a ausência de norma pela imprescritibilidade da Representação, é visível que os regramentos constitucional e infraconstitucional ainda não forneceram resposta direta sobre prazo a ser

aplicado. Com isso, da mesma forma que tentou o Embargante na peça defensiva original, se existe tal direito e ele está impassível de execução por omissão legislativa, é necessário que se dê suprimento à lacuna.

Para o caso, crível que o uso de analogia (vide art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) fornecerá o resultado mais próximo do adequado, dependendo somente que se determine a norma existente que mais se aproxima do caso concreto. Nesse sentido, os autos se caracterizam por cuidar de um caso de demissão em sentido amplo, contra agente detentor de *vitaliciedade* constitucional, o que torna obrigatório o uso de processo judicial para obter a desconstituição do vínculo jurídico.

Faz-se essa afirmação sobre a *vitaliciedade* uma vez que a regra aplicável aos Oficiais das Forças Armadas não se confunde com a estabilidade geral, prevista no art. 41, *caput*, da CR/88. Na verdade, tal qual membros do Poder Judiciário (art. 95, I, CR/88), do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, “a”, CR/88) e dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º, CR/88), a opção do legislador constituinte nitidamente se direcionou pela extensão, ainda que de forma implícita, dessa mesma garantia aos Oficiais.

Essa leitura se calca, primeiro, na concepção que o ordenamento pátrio traça acerca da *vitaliciedade*. Em linha com Matheus Carvalho, o fator diferenciador é que “aos agentes que ocupam cargos vitalícios é garantida a permanência no serviço público, **somente sendo possível a perda do cargo mediante sentença judicial transitada em julgado**” (*In Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 833; grifo nosso). As demais formas de exclusão, como a demissão em Processo Administrativo Disciplinar, “não se estendem aos vitalícios” (2017, p. 833).

Segundo, a partir do respectivo texto constitucional (art. 142, § 3º, VI, CR/88), constata-se que a declaração de indignidade/incompatibilidade (e por consequência a exclusão) há de se dar “por decisão de tribunal militar permanente”. Por sua vez, tal Tribunal Militar “permanente”, seja neste âmbito federal, seja no estadual, será necessariamente judicial, ao passo que tanto esta Justiça, quanto as Militares Estaduais se encontram inseridas no Poder Judiciário Nacional.

Com essas duas colocações, denota-se que a situação concreta encontra perfeito enquadramento no preceito delineado, de forma que se alcança o entendimento que Oficiais são detentores da garantia à *vitaliciedade*, embora essa não esteja redigida de forma clara e explícita. A interpretação acima feita é ratificada pela doutrina contemporânea, conforme se retira da recente obra organizada pelo ilustre doutrinador Jorge Cesar de Assis:

No que toca à *vitaliciedade*, ela é concedida aos oficiais de carreira desde à incorporação ou à promoção ao primeiro posto. **Isso se conclui da interpretação dos dispositivos da Constituição Federal, sobretudo quando o inc. VI do § 3º do art. 142 da Carga Magna prevê que eles só**

**perderão o posto e a patente se julgados indignos para o oficialato**, ou com ele incompatível, **por decisão emanada por órgão do Poder Judiciário – no caso, o Superior Tribunal Militar**. Assim, o **tratamento aos oficiais é similar àquele dado a magistrados e membros do Ministério Público**. (In *Estatuto dos militares comentado*: Lei 6.880, de 9.12.1980. 2ª Ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2020, p. 42; grifo nosso).

Portanto, no intento de suprir a lacuna observada, deverão se analisar as legislações que digam respeito aos procedimentos de demissão/extinção de vínculo de servidores vitalícios (juízes, promotores, membros dos Tribunais de Contas). Especificamente, observar-se-ão as normas que disciplinem a oferta da ação judicial para o mesmo fim que a presente (demissão) e, em particular, qual a quantidade de prazo extintivo se aplica, ou que fórmula é empregada para o seu alcance.

Pelas legislações dos Tribunais de Conta, tanto na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, quanto naquelas dos Tribunais de Conta dos Estados (TCE) e do Distrito Federal (TC-DF), inexistente explicação acerca do procedimento a ser adotado para a eventual retirada de Ministro, Conselheiro ou Auditor. Em todas, houve somente a extensão da garantia da vitaliciedade aos cargos recém referidos.

Cita-se que foram examinadas as seguintes Leis: Lei Federal 8.443 de 1992 (TCU); Lei Complementar 38, de 1993, (TCE-AC); Lei 5.604 de 1994 (TCE-AL); Lei Complementar 10 de 1995 (TCE-AP); Lei 2.423 de 1996 (TCE-AM); Lei Complementar 5 de 1991 (TCE-BA); Lei 12.509 de 1995 (TCE-CE); Lei Complementar 1º de 1994 (TC-DF); Lei Complementar 621 de 2012 (TCE-ES); Lei 16.168 de 2007 (TCE-GO); Lei 8.258 de 2005 (TCE-MA); Lei Complementar 269 de 2007 (TCE-MT); Lei Complementar 160 de 2012 (TCE-MS); Lei Complementar 102 de 2008 (TCE-MG); Lei Complementar 81 de 2012 (TCE-PA); Lei Complementar 18 de 1993 (TCE-PB); Lei Complementar 113 de 2005 (TCE-PR); Lei 12.600 de 2004 (TCE-PE); Lei 5.888 de 2009 (TCE-PI); Lei Complementar 63 de 1990 (TCE-RJ); Lei Complementar 464 de 2012 (TCE-RN); Lei 11.424 de 2000 (TCE-RS); Lei Complementar 154 de 1996 (TCE-RO); Lei Complementar 247 de 2016 (TCE-RR); Lei Complementar 202 de 2000 (TCE-SC); Lei Complementar 709 de 1994 (TCE-SP); Lei Complementar 205 de 2011 (TCE-SE); e Lei 1.284 de 2001 (TCE-TO).

No âmbito da magistratura, não obstante a existência de legislações esparsas em cada Estado da Federação, editadas com o fim de organizar os Poderes Judiciários locais, essa categoria congrega sua normativa na Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35 de 1979). Examinadas as disposições, tem-se previsão similar à causa de pedir da Representação, no art. 26, inciso I, da referida Lei.

Na hipótese está previsto que o “magistrado vitalício somente perderá o cargo [...] **em ação penal por crime comum** ou de responsabilidade” (Grifo

nosso). Percebe-se que, ainda assim, a situação não é idêntica à analisada, visto que nela se presume a imposição da perda do cargo (de magistrado) diretamente na ação penal. Mais que isso, não há dispositivo que determine prazo extintivo (decadencial ou prescricional) dessa “pena” de demissão, caso o órgão competente deixe de agir.

Nesse cenário, o dispositivo, além de inadequado, pode inclusive não haver sido recepcionado pela atual Carta Magna, uma vez que não se presume, *a priori*, correto o processo criminal para a tomada de decisão acerca da perda de cargo vitalício. Tal qual no caso ora debatido, o ajuizamento de demanda própria, em que se requeira especificamente a desconstituição do vínculo jurídico, é o que parece satisfazer a garantia constitucional.

Afastados os regramentos de duas das três categorias que, além dos Oficiais das Forças Armadas, detêm vitaliciedade, resta somente observar o que dispõe as leis gerais do Ministério Público Brasileiro. Para tanto, analisa-se a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal 8.625 de 1993), incidente sobre os Órgãos Ministeriais dos Estados (MPes), e a Lei Complementar 75 de 1993, que regulamenta o Ministério Público da União (MPU).

A iniciar na ordem em que citadas acima, a Lei Nacional, no art. 38, § 1º, I, dita que os membros vitalícios perderão o cargo em “ação civil própria”, a qual pode ter como causa de pedir a “prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado”. Já a legislação do MPU determina que haverá demissão se o servidor houver sido condenado “por crime praticado com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for igual ou superior a dois anos” (art. 240, V, “c”, observada a necessidade de “decisão judicial com trânsito em julgado” para imposição de tal sanção (art. 242).

Logo, ambas as situações apontam que a condenação penal transitada em julgado poderá ensejar a imposição de demissão do membro criminoso, em sintonia com o caso do Oficial ora processado. Porém, resta ainda estabelecer se esses regramentos indicam prazos de extinção para tais “penalidades”, no caso de uma inação do Estado em manejar o procedimento adequado (processo judicial) para a obtenção da retirada do cargo do servidor condenado.

Sobre isso, a Lei 8.625/1993 nada determina, fato que não obsta o suprimento da sua própria lacuna, *vide* seu art. 80 que autoriza o uso dos dispositivos da Lei Complementar 75/1993. Nesta última é que, então, localiza-se a resposta para o questionamento formulado no início deste tópico, nomeadamente em seu art. 244, parágrafo único, que dispõe o seguinte: “A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este”.

Sobre a correta interpretação a ser dada ao citado dispositivo, cabe destacar a leitura fornecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento referente à matéria. Quanto a isso, segundo resultado prolatado no

Recurso Especial 379.276/SP, do qual foi Relatora a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, fixou o STJ que, ao dispor a lei que “a falta administrativa prescreverá no mesmo prazo da lei penal”, a “única interpretação possível” é “que este prazo será o mesmo da pena em abstrato, pois este, por definição originária, é o prazo próprio prescricional dos crimes em espécie”:

ADMINISTRATIVO. PENAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. AÇÃO PENAL JULGADA PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PERDA DO CARGO. [...]. **PRESCRIÇÃO DA PENA ADMINISTRATIVA. ART. 244, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93. PRAZO CONTADO DE ACORDO COM O PRAZO PRESCRICIONAL DO CRIME COMETIDO, PELA PENA EM ABSTRATO.** [...]. 3. Quando o promotor comete uma infração administrativa, a prescrição é aquela disciplinada em um dos incisos do art. 244 da Lei Complementar nº 75/93; já quando a infração cometida é prevista também na lei penal, o prazo prescricional é aquele referente ao crime praticado. 4 . A disposição da lei de que a falta administrativa prescreverá no mesmo prazo da lei penal, leva a uma única interpretação possível, qual seja, a de que este prazo será o mesmo da pena em abstrato, pois este, por definição originária, é o prazo próprio prescricional dos crimes em espécie. [...]. 9. Recurso especial improvido. (STJ. REsp 379.276/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. Julgado em 14.12.2006, DJ 26.2.2007, p. 649; grifo nosso).

Desde logo a adaptar essa compreensão à hipótese dos autos, o Representado foi originalmente condenado pela prática do delito de atentado violento ao pudor (art. 214, parágrafo único, do Código Penal, com as alterações feitas pela Lei 8.072 de 1999), com presunção de violência (art. 224, “a”, do CP) e majorada de metade a pena (art. 226, II, do CP).

Então, aplicou-se o prazo prescricional de 20 anos (art. 109, I, do CP) para a persecução penal, em virtude de a pena máxima cominada ser de 10 anos, passível de agravamento pela metade pela relação de parentesco, o que elevava a pena em abstrato para até 15 anos de reclusão. Trazido para a situação da Representação, pode-se afirmar que a União detinha o prazo decadencial de 20 anos para buscar a declaração de indignidade e a consequente perda do posto e patente.

Entretanto, isso não é suficiente, pois falta saber o marco inicial dessa contagem. No que concerne a tanto, diferente do ciclo prescricional da pena de encarceramento, que inicia com o cometimento do crime (momento em que surge a pretensão estatal, o *ius puniendi*), observa-se que o direito potestativo demandado nesta Ação somente passou a existir com o trânsito em julgado da condenação criminal, conforme dita o art. 142, § 3º, VII, da CR/88.

Dessa forma, o marco de contagem da decadência, que de regra não se suspenderá nem interromperá, será a data em que tornado certo e imutável o delito praticado, ou seja, quando formada a coisa julgada do processo-crime.

Antes disso, por consequência lógica, será inviável falar em prazo extintivo pela inação do detentor do direito (Estado), já que o referido direito não existe, mas sim e somente uma expectativa desse.

Por fim, a Corte Cidadã, ao se debruçar novamente sobre o disposto no art. 244, parágrafo único, da Lei Complementar 75/1993, desta vez pelo ângulo recém-examinado, alcançou idêntica compreensão à acima esposada, como se retira do julgamento proferido no Recurso Especial 1.535.222/MA, de relatoria do ilustre Ministro Og Fernandes:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. [...]. PROMOTOR DE JUSTIÇA. AÇÃO PENAL JULGADA PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO. INGRESSO DE AÇÃO CIVIL PARA A PERDA DO CARGO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PENA ADMINISTRATIVA. ART. 244, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR N. 75/93. PRAZO CONTADO DE ACORDO COM O PRAZO PRESCRICIONAL DO CRIME COMETIDO, PELA PENA EM ABSTRATO. TERMO A QUO QUE SE CONTA DA DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO FEITO CRIMINAL. [...]. 5. Quando o membro do Ministério Público Estadual comete uma infração administrativa, a prescrição é aquela disciplinada em um dos incisos do art. 244 da Lei Complementar n. 75/93; **já quando a infração cometida é prevista também na lei penal, o prazo prescricional é aquele referente ao crime praticado.** [...]. 7. No caso, contando-se a prescrição pela pena cominada em abstrato ao delito, no caso concreto, o lapso prescricional seria de 12 (doze) anos, na forma do precedente acima citado. 8. Ainda que se considere a pena em concreto, depois de aplicada na seara do processo penal, o que, no caso, corresponderia a um lapso prescricional de 4 (quatro) anos, não haveria prescrição. E por um motivo simples: **quando a lei determina que a ação civil para perda do cargo somente deve ser interposta, após o trânsito em julgado da sentença penal, nos casos em que a falta funcional corresponde também a uma conduta criminosa, por decorrência lógica, o prazo de prescrição somente pode iniciar-se, no bojo da ação civil de perda do cargo, contando-se do trânsito em julgado (ao menos para acusação, como ocorrera na situação em exame) da sentença condenatória na órbita penal.** 9. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa extensão, não provido. (STJ. REsp 1535222/MA. Rel. Min. Og Fernandes. 2ª Turma. Julgado em 28.3.2017. DJe de 4.4.2017; grifo nosso).

Portanto, a despeito do prazo em questão ser determinado com base na pena em abstrato do delito praticado, sua contagem somente se iniciará a partir do trânsito em julgado da Decisão que haja condenado o militar representado. Antes disso, o começo da contagem é totalmente impossível em razão da inexistência válida do direito potestativo passível de postulação via RDII.

Com essa última definição alcançada, em termos concisos e conclusivos, pode-se precisar a tese que se propõe para acolhimento nestes Embargos e, desse modo, a integração a ser feita no Acórdão da Representação. Ao fim, válido

sublinhar que, a despeito do acolhimento às teses do Embargante, a rejeição à preliminar de prescrição/decadência se mantém, uma vez que entre o trânsito em julgado da condenação penal (7.6.2016) e a oferta da RDII 7001351-32.2019.7.00.0000 (25.11.2019) não houve o decurso de mais de 20 anos.

Pelo exposto, votei por acolher os Embargos de Declaração interpostos para suprir omissão constatada no *Decisum* embargado nos seguintes termos: a *um*, reconhecer a existência de garantia fundamental à prescrição/decadência, calcada principalmente nos princípios da dignidade humana e da segurança jurídica, garantia a qual se aplica a todas as interações entre Estado e administrado, ressalvadas as exceções previstas diretamente na Constituição da República (RE 669.069/MG).

A *dois*, a partir da garantia reconhecida, fixar a aplicação da decadência ao direito postulado nas ações de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade com o Oficialato, uma vez que o objeto demandado cuida da declaração (indignidade/incompatibilidade) e do consequente direito potestativo referente à desconstituição de vínculo jurídico mantido entre as partes (perda do posto e da patente).

A *três*, identificar a existência de omissão legal acerca do prazo e do marco inicial a serem aplicados à decadência incidente na hipótese da Representação dos autos (art. 142, § 3º, VII, CR/88), e suprir essa lacuna exposta com base no art. 244, parágrafo único, da Lei Complementar 75 de 1993, por tratar de objeto análogo (demissão) e de sujeito (membro do Ministério Público) com garantia idêntica à do Oficial representado (vitaliciedade).

A *quatro*, tomada por base a referida regra, fixar que a definição do prazo decadencial a ser utilizado se dá com base na pena em abstrato do crime praticado (REsp 379.276/SP), observados os estratos de tempo previstos no art. 109 do Código Penal ou no art. 125 do Código Penal Militar, a depender de onde estiver tipificado o ilícito, e que o início da contagem se dá na data em que transitada em julgado a condenação que enseja a Representação (REsp 1.535.222/MA).

E, a *cinco*, para o caso específico dos autos, assentar a aplicação de prazo decadencial de 20 anos, contados desde 7.6.2016, data em que certificado o trânsito em julgado do processo em que restou o Representado condenado, interregno o qual não defluiuiu entre a citada data e aquela da oferta da Representação 7001351-32.2019.7.00.0000 (25.11.2019).

Superior Tribunal Militar, 12 de agosto de 2021.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz  
Ministro-Relator



---

## Embargos Infringentes e de Nulidade



---

**EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE**  
**Nº 7000610-21.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Revisor: Min. Alte Esq Claudio Portugal de Viveiros.

Embargante: Diogo José de Andrade Acioli, 3º Sgt Ex.

Embargado: Ministério Público Militar.

Advogado: Dr. Wander Moreira (OAB/RJ105368).

---

**EMENTA**

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. DEFESA. INADMISSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO DO INSTITUTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ALTERAÇÃO DA FRAÇÃO APLICADA PARA AUMENTAR A PENA DOS CRIMES CONTINUADOS DE DIFAMAÇÃO. READEQUAÇÃO DA PENA.

1. Na forma do § 1º do art. 124 do RISTM, os Embargos Infringentes somente serão admitidos quanto à parte divergente do Acórdão embargado. Assim, como a divergência restringiu ao intervalo de 60 (sessenta) dias para o agravamento da continuidade dos crimes de difamação, não é cabível a correção da interpretação dada ao instituto da continuidade delitiva na Sentença.

2. Em conformidade com o entendimento jurisprudencial desta Corte, por ter sido constatada a presença de apenas um bloco de mensagens com 10 (dez) declarações difamatórias, a fração de 2/3 (dois terços) é mais adequada para o agravamento da pena dos crimes de difamação praticados em continuidade delitiva, o que enseja a readequação da pena unificada, conforme tese defendida pela corrente minoritária em sede de Apelação.

Embargos Infringentes conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, acolhidos totalmente. Decisão por maioria.

## DECISÃO

Na forma do art. 69, parágrafo único, inciso I, do RISTM, o Senhor Ministro-Presidente, Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, proferiu voto para conhecer parcialmente dos Embargos, pois somente houve divergência em relação ao intervalo de 60 (sessenta) dias para o agravante da continuidade dos crimes de difamação e, na parte conhecida, acolhia totalmente os Embargos Infringentes do Julgado opostos pela Defesa, para reformar o Acórdão lavrado nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, readequar a pena aplicada ao 3º Sgt Ex Diogo José de Andrade Acioli para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, como incurso nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, II e IV, CPM, na forma do artigo 71 do CP comum, mantendo, porém, os demais termos da Sentença condenatória, inclusive, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, com fundamento no art. 102 do CPM, nos termos do voto do Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira, acompanhado pelos Ministros Cláudio Portugal de Viveiros (Revisor), José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho e Francisco Joseli Parente Camelo. Os Ministros 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 rejeitavam os Embargos defensivos, para manter na íntegra o Acórdão lavrado nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, por seus próprios e jurídicos fundamentos. O Ministro Odilson Sampaio Benzi fará declaração de voto.

Presente o Dr. Clauro Roberto de Bortolli, representante do Ministério Público. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 9/12/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes do julgado opostos pela Defesa do 3º Sargento do Exército DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI contra o Acórdão desta Corte, de 5 de agosto de 2021, proferido nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, que manteve a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 4ª Circunscrição Judiciária Militar, de 9 de fevereiro de 2021, que o condenou, como incurso nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, incisos II e IV, todos do Código Penal Militar, na forma do artigo 71 do Código Penal comum, à pena final de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 4 (quatro) dias de detenção, a ser cumprida em regime prisional inicialmente aberto, com o direito de apelar em liberdade e sem o benefício do *sursis* por expressa vedação legal, sendo-lhe aplicada, ainda, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Conforme Ata da Sessão de Julgamento, este Tribunal, por unanimidade, não conheceu da preliminar suscitada pela Defesa, de gratuidade da justiça, por

ausência de interesse recursal. No mérito, por unanimidade, conheceu do Apelo defensivo e, por maioria, negou-lhe provimento, para manter a Sentença condenatória recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Revisor Ministro Ten Brig Ar CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA (evento 23 - Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000).

Acompanharam o voto do Ministro Revisor os Ministros Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA, Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, Dr. JOSÉ BARROSO FILHO, Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI, Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO, Alte Esq LEONARDO PUNTEL e Alte Esq CELSO LUIZ NAZARETH, além deste Relator.

A Ministra Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA conhecia e dava parcial provimento ao Apelo Defensivo para, mantendo a condenação do 3º Sgt Ex DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI, como incurso nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, incisos II e IV, todos do Código Penal Militar, na forma do art. 71 do Código Penal comum, readequar o apenamento para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, a ser cumprido em regime prisional inicialmente aberto, com o direito de recorrer em liberdade e sem o benefício do *sursis* por expressa vedação legal, sendo-lhe aplicada, ainda, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

O Acórdão embargado, publicado no DJe nº 149/2021, de 24 de agosto de 2021, restou assim ementado (eventos 29 e 31 - Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000):

**EMENTA:** APELAÇÃO. PRELIMINAR DE GRATUIDADE. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ISENÇÃO DE CUSTAS PREVISTA NO ART. 712 DO CPPM. DECISÃO UNÂNIME. PLURALIDADE DE IMPUTAÇÕES CALUNIOSAS E DIFAMATÓRIAS CONTRA SUPERIORES E DEMAIS MILITARES. MENSAGENS ELETRÔNICAS. OFENSAS DESMENTIDAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FIXAÇÃO DAS PENAS NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DAS CAUSAS DE AUMENTO. OFENSA CONTRA SUPERIOR. MEIO FACILITADOR DA SUA DIVULGAÇÃO (ART. 214, INCISOS II E IV, CPM). CRIMES CONTINUADOS. EXASPERAÇÃO EM GRAU ELEVADO. MULTIPLICIDADE DE OFENSAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO. DECISÃO POR MAIORIA.

Não se conhece de pedido preliminar, apresentado pela Defesa, de gratuidade de justiça, em face do contido no art. 712 do CPPM, o qual, explicitamente, prevê a isenção de custas e emolumentos no âmbito desta Justiça Especializada. Decisão unânime.

Delitos sobejamente demonstrados nos autos, sem maiores indagações quanto à autoria e à materialidade.

Incorre no crime de calúnia, tipificado no art. 214 do CPM, o graduado que imputa falsamente a seu superior, Diretor de Obras de Cooperação (DOC) no âmbito do 2º Batalhão Ferroviário, desvios indevidos de insumos (areia e brita), além de fraudes em licitação, por meio de mensagens eletrônicas (*e-mail*) encaminhadas para diversos destinatários.

Igualmente, comete a mesma infração o graduado que imputa falsamente a seus companheiros o uso de substância entorpecente no interior do quartel, bem como a venda de drogas no respectivo município.

Por fim, considera-se difamatória a imputação de relações homoafetivas mantidas, extramuros, entre superior e colega de caserna, sabidamente inexistentes.

Penas fixadas no mínimo legal, com a incidência das majorantes previstas nos incisos II e IV do art. 218 do CPM. A fração de aumento da causa exasperadora atende ao princípio da proporcionalidade em face da pluralidade de acintes perpetrados pelo acusado contra seus superiores e pares na OM onde servia.

Por essa razão, justifica-se a manutenção na proporção de 2/3 (dois terços), em conformidade com precedentes do Superior Tribunal Militar. Desprovido o apelo defensivo. Decisão majoritária. (Original com grifo).

Intimada em 25 de agosto de 2021, a Defesa opôs, em 30 de agosto de 2021, tempestivamente, os presentes Embargos Infringentes (eventos 33 e 36 - Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000).

Em suas Razões, a Defesa requer a reforma do Acórdão, para que seja dada interpretação correta ao instituto da continuidade delitiva. Alegou, para esse fim, que, na forma do art. 71 do CP comum, como os crimes praticados pelo Embargante são da mesma espécie, deveria ter sido aplicada a pena de um só dos crimes, considerando, porém, para aplicação da continuidade delitiva, o limite temporal máximo de 30 (trinta) dias entre as condutas, e não de 60 (sessenta) dias, conforme foi adotado pelo Conselho *a quo*.

Subsidiariamente, caso não seja acolhido esse entendimento, requer a prevalência do voto minoritário, com a readequação da pena para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, nos termos do voto vencido proferido pela Ministra Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA.

Pela Decisão de 7 de setembro de 2021, admiti os presentes Embargos Infringentes por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso (evento 5 do e-Proc STM).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. HERMINIA CELIA RAYMUNDO, concordando com o posicionamento da corrente majoritária, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do presente Recurso, para manter inalterado o Acórdão embargado (evento 9 do e-Proc STM).

É o Relatório.

## VOTO

Estão preenchidos os requisitos de admissibilidade do Recurso, devendo, pois, ser conhecido.

Trata-se de Embargos Infringentes do Julgado opostos pela Defesa do 3º Sargento do Exército DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI contra o Acórdão desta Corte, de 5 de agosto de 2021, proferido nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, que manteve a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 4ª Circunscrição Judiciária Militar, de 9 de fevereiro de 2021, que o condenou, como incurso nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, incisos II e IV, todos do Código Penal Militar, na forma do artigo 71 do Código Penal comum, à pena final de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 4 (quatro) dias de detenção, a ser cumprida em regime prisional inicialmente aberto, com o direito de apelar em liberdade e sem o benefício do *sursis* por expressa vedação legal, sendo-lhe aplicada, ainda, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Na oportunidade do julgamento, este Tribunal Castrense, por unanimidade, não conheceu da preliminar suscitada pela Defesa, de gratuidade da justiça, por ausência de interesse recursal. No mérito, por unanimidade, conheceu do Apelo Defensivo e, por maioria, negou provimento, para manter irretocável a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto do Revisor Ministro Ten Brig Ar CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA (evento 23 - Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000).

Em suas Razões, a Defesa requer a reforma do Acórdão, para que seja dada interpretação correta ao instituto da continuidade delitiva. Alegou, para esse fim, que, na forma do art. 71 do CP comum, como os crimes praticados pelo Embargante são da mesma espécie, deveria ter sido aplicada a pena de um só dos crimes, observando, porém, para reconhecimento da continuidade delitiva, o limite temporal máximo de 30 (trinta) dias entre as condutas e não de 60 (sessenta) dias, conforme foi adotado pelo Conselho *a quo*.

Subsidiariamente, caso não seja acolhido esse entendimento, requer a prevalência do voto minoritário, com a readequação da pena para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, nos termos do Voto Vencido da

lavra da Ministra Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA.

Pelo que consta nos autos, após a instrução criminal, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército decidiu, por maioria de votos, condenar o Réu à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 4 (quatro) dias de detenção pela prática dos crimes previstos nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, II e IV, todos do CPM, na forma do artigo 71 do CP comum, por ter enviado, à época em que servia no 2º Batalhão Ferroviário (2º BFv), localizado em Araguari/MG, entre os dias 12 de janeiro e 7 de novembro do ano de 2016, da sua conta de e-mail p.passos.brabo@gmail.com para contas de e-mail funcional do Exército Brasileiro, bem como para contas de e-mails de uso particular e de veículos de imprensa, 15 (quinze) mensagens eletrônicas com termos caluniosos e difamatórios relativos a diversos militares, inclusive superiores hierárquicos, e de um servidor civil.

O dispositivo da Sentença condenatória restou assim redigido:

Pelo exposto, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, julga procedente a denúncia para **CONDENAR o 3º SGT DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI**, como incurso nos artigos 214 e 215, c/c art. 218, II e IV do Código Penal Militar, na forma do artigo 71 do Código Penal, sendo fixada a pena, por maioria de votos, da forma que segue:

I - Delitos de calúnia

Na verificação da pena-base, nos termos do artigo 69 do CPM, não se vislumbram circunstâncias que militem em desfavor do acusado. Logo, são fixadas em seu mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) meses de detenção.

Na segunda fase da dosimetria não incidem agravantes ou atenuantes. Logo, serão mantidas em 06 (seis) meses de detenção.

Na última etapa do critério trifásico há uma causa especial de aumento de pena, a prevista no artigo 218, incisos II e IV, do CPM. Como já esclarecido, em nem todas as condutas a vítima era superior (deixando de incidir o inciso II). Todavia, para a dosimetria, isso é irrelevante, segundo o inteiro teor do acórdão do Superior Tribunal Militar na Apelação nº 0000112-31.2015.7.04.0004, julgada em 6/2/2018 (sem grifos no original):

“(…) Praticado crime contra a honra em uma ou mais das formas elencadas nos incisos de I a IV do art. 218 do nosso Código, **impõe-se a exacerbação da pena em fração única, fixa: um terço**. Situação diferente ocorreria no caso, por exemplo, do roubo qualificado previsto no § 2º do art. 242 do CPM, em que o legislador estabelece um intervalo de frações - um terço até a metade.”

Logo, em todos os delitos praticados (incluindo ou não o inciso II do artigo 218 do CPM), cabe a majorante em 1/3 (um terço), resultando para cada um dos delitos de calúnia a pena de 08 (oito) meses de detenção.

## II - Delitos de difamação

Na verificação da pena-base, nos termos do artigo 69 do CPM, não se vislumbram circunstâncias que militem em desfavor do acusado. Logo, são fixadas em seu mínimo legal, ou seja, em 03 (três) meses de detenção.

Na segunda fase da dosimetria não incidem agravantes ou atenuantes. Logo, serão mantidas em 03 (três) meses de detenção.

Na última etapa do critério trifásico, há uma causa especial de aumento de pena, a prevista no artigo 218, incisos II e IV, do CPM. Como já esclarecido, em algumas das condutas a vítima não era superior (deixando de incidir o inciso II). Todavia, para a dosimetria, isso é irrelevante, conforma outrora demonstrado (item anterior). Logo, em todos os delitos praticados (incluindo ou não o inciso II do artigo 218 do CPM), cabe a majorante em 1/3 (um terço), resultando para cada um dos delitos de difamação a pena de 04 (quatro) meses de detenção.

## III - Pena unificada

### 3.1 Aplicação do instituto do crime continuado aos delitos de calúnia

Das 15 (quinze) mensagens eletrônicas, em 11 (onze) houve declarações caluniosas: 02 (duas) na mensagem de 28/01/2016, 02 (duas) na mensagem de 02/02/2016, 05 (cinco) na mensagem de 22/02/2016, 03 (três) na mensagem de 12/04/2016, 42 (quarenta e duas) na mensagem de 18/05/2016, 42 (quarenta e duas) na mensagem de 15/06/2016, 42 (quarenta e duas) na mensagem de 16/06/2016, 67 (sessenta e sete) na mensagem de 25/08/2016, 88 (oitenta e oito) nas mensagens de 14/09/2016, 05 (cinco) na mensagem de 21/09/2016, e 83 (oitenta e três) na mensagem de 07/11/2016.

Sobre o instituto do crime continuado, a jurisprudência do STM informa que (Apelação nº 7000579-35.2020.7.00.0000, julgada em 03/12/2020, sem grifos no original):

“EMENTA: (...) 2. A continuidade delitiva tem lugar quando as condutas imputadas ao réu, em mais de uma ação, correspondem a crimes da mesma espécie, praticados mediante semelhantes condições de tempo, lugar e maneira de execução, todas revelando que o delito subsequente é continuação do primeiro. 3. Nessa senda, o **STF consolidou o entendimento de que o segundo delito será considerado como continuidade do primeiro quando ambos forem praticados no interregno de 30 (trinta) dias**. 4. A jurisprudência do STM fixa o critério de **exasperação da pena prevista no art. 71 do CP, da seguinte**

**forma: um sexto (1/6) para a prática de 2 (duas) infrações; um quinto (1/5) para 3 (três) infrações; um quarto (1/4) para 4 (quatro) infrações; um terço (1/3) para 5 (cinco) infrações; um meio (1/2) para 6 (seis) infrações; e dois terços (2/3) para 7 (sete) ou mais infrações (...)** Decisão unânime.”

No presente caso concreto, ousou divergir em parte do entendimento supracitado, pois, se restar mantido o intervalo máximo de 30 (trinta) dias entre as condutas, a pena a ser aplicada ao acusado será desproporcional ao desvalor ocasionado, frustrando-se o intuito do instituto do crime continuado. Por isso, adotarei o intervalo máximo de 60 (sessenta) dias.

Assim, observo 02 (dois) blocos de crimes continuados, contendo as mensagens: 1) 28/01/2016, 02/02/2016 e 22/02/2016, 12/04/2016, 18/05/2016, 15/06/2016 e 16/06/2016 (com 138 delitos de calúnia) e 2) 25/08/2016, 14/09/2016, 21/09/2016 e 07/11/2016 (contendo 169 com de calúnia). Para cada bloco, cabe a maior das frações de aumento (2/3), restando a pena de 01 (um) ano, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção para cada dos 02 (dois) delitos continuados de calúnia.

### 3.2 Aplicação do instituto do crime continuado aos delitos de difamação

Das 15 (quinze) mensagens eletrônicas, em 03 (três) houve declarações difamatórias: 03 (três) na mensagem de 25/08/2016, 04 (quatro) na mensagem de 14/09/2016, e 03 (três) na mensagem de 07/11/2016. Novamente, adotarei o intervalo máximo de 60 (sessenta) dias entre cada crime para fins de continuidade delitiva.

Assim, observo 02 (dois) blocos de crimes continuados, contendo as mensagens: 1) 25/08/2016 e 14/09/2016 (com 07 delitos de difamação) e 2) 07/11/2016 (contendo 03 delitos de difamação). Atendendo à jurisprudência do STM, para o primeiro bloco, cabe a maior das frações de aumento (2/3), restando a pena de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção. Para o segundo crime continuado de difamação, a fração é a de 1/5, resultando a pena de 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de detenção.

### 3.3 Unificação das penas de calúnia e de difamação

Na unificação da pena, aplica-se o artigo 79 do CPM:

“Art. 79. Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58.”

As penas aplicadas são da mesma espécie (todas são penas de detenção). Assim, a pena unificada será o somatório de todas (1 ano, 1 mês e

10 dias + 1 ano, 1 mês e 10 dias + 06 meses e 20 dias + 04 meses e 24 dias), totalizando 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 04 (quatro) dias de detenção a ser cumprida no regime inicial aberto, consoante prevê a alínea c, do §2º, do art. 33, do Código Penal, utilizada em analogia ante a lacuna existente no Estatuto Repressivo Castrense.

Como o quantitativo fixado é superior a 02 (dois) anos, resta negado o benefício da suspensão condicional da pena (artigo 84, CPM) e aplicada a pena acessória de exclusão das Forças Armadas (artigo 102, CPM).

Por preencher os requisitos previstos no art. 527 do CPPM, poderá apelar em liberdade, caso deseje recorrer. (Original com grifos).

Como cedoço, a espécie recursal em comento visa à análise, tão somente, da matéria divergente entre o Acórdão e o Voto Vencido, não se podendo rediscutir ou inovar em qualquer outra questão dos autos.

Assim, com relação à alegação defensiva de que não foi dada interpretação correta ao instituto da continuidade delitiva, entendo que, além de essa questão não ter sido objeto da divergência entre o Acórdão e o Voto Vencido, ou seja, sequer poderia ser rediscutida em Embargos Infringentes, ao contrário do que foi dito pela Defesa, a aplicação da pena de um só dos crimes praticados em continuidade delitiva, em qualquer dos casos, está condicionada ao aumento de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), previsto na parte final do art. 71 do CP comum. Cumpre destacar, ainda, que, caso o Conselho a quo tivesse deixado de considerar o limite temporal de 60 (sessenta) dias para o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos, a pena do Embargante seria muito maior do que a fixada Sentença, pois ocorreria o cúmulo material das penas.

Relativamente às justificativas para aplicar o limite temporal de 60 (sessenta) dias para o reconhecimento da continuidade delitiva no caso *sub examine*, transcrevo, a seguir, o trecho do Voto Vencido da Ministra Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, *in litteris*:

Sobreleva notar ter o *Decisum* primevo, pautando-se em razões de política criminal, reconhecido o intervalo de sessenta dias entre as condutas delitivas para fins de configuração do crime continuado, com o escopo de possibilitar a aplicação proporcional das penas e a sua melhor individualização, evitando a adoção de penas desproporcionais e injustas. Veja-se:

“(…) No presente caso concreto, ousou divergir em parte do entendimento supracitado, pois, se restar mantido o intervalo máximo de 30 (trinta) dias entre as condutas, a pena a ser aplicada ao acusado será desproporcional ao desvalor ocasionado, frustrando-se o

intuito do instituto do crime continuado. Por isso, adotarei o intervalo máximo de 60 (sessenta) dias”.

É bem verdade que a tendência jurisprudencial tem adotado, para fins de reconhecimento do crime continuado, o interregno temporal de trinta dias entre as práticas delitivas. A despeito disso, tal parâmetro não é absoluto e nada impede que o Juízo a quo, diante das particularidades do caso in concreto, mitigue o lapso de trinta dias para o reconhecimento de delitos praticados em semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução, em atenção, inclusive, ao princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, não conheço do pedido de correção da interpretação do instituto da continuidade delitiva, primeiro porque as questões ora levantadas pela Defesa não estão na parte divergente do Acórdão embargado, segundo porque, caso fossem aplicadas, agravariam a atual situação do Embargante.

Portanto, atenho-me à análise da tese descrita no Voto Vencido, que visa alterar a fração de 1/5 (um quinto) aplicada na Sentença para aumentar a pena de 1 (um) dos 3 (três) crimes continuados de difamação praticados na mensagem com declarações difamatórias do segundo bloco, enviada em 7 de novembro de 2016, em razão de não ter transcorrido um período superior a 60 (sessenta) dias entre a última mensagem com declarações difamatórias do primeiro bloco, enviada em 14 de setembro de 2016, e aquela (do segundo bloco, enviada em 7 de novembro de 2016), sendo este o delimitador desta espécie recursal, *in verbis*:

### 3.2 Aplicação do instituto do crime continuado aos delitos de difamação

Das 15 (quinze) mensagens eletrônicas, em 03 (três) houve declarações difamatórias: 03 (três) na mensagem de 25/08/2016, 04 (quatro) na mensagem de 14/09/2016, e 03 (três) na mensagem de 07/11/2016. Novamente, adotarei o intervalo máximo de 60 (sessenta) dias entre cada crime para fins de continuidade delitiva.

Assim, observo 02 (dois) blocos de crimes continuados, contendo as mensagens: 1) 25/08/2016 e 14/09/2016 (com 07 delitos de difamação) e 2) 07/11/2016 (contendo 03 delitos de difamação). Atendendo à jurisprudência do STM, para o primeiro bloco, cabe a maior das frações de aumento (2/3), restando a pena de 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção. Para o segundo crime continuado de difamação, a fração é a de 1/5, resultando a pena de 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de detenção. (Original com grifos).

Alerto que, com relação aos crimes continuados de calúnia, analisados na Sentença a quo em 2 (dois) blocos de mensagens, não há qualquer divergência entre o Voto Vencido e o Acórdão ora embargado. Assim, os crimes continuados

de calúnia, que foram apenados em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção para cada um dos 2 (dois) blocos de mensagens, totalizando 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, não integram a divergência, motivo pelo qual não serão aqui analisados.

Para melhor delimitação da matéria a ser analisada nos presentes Embargos, reproduzo, a seguir, os fundamentos utilizados no Voto Vencido, que readequou a pena do Embargante para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, *in verbis*:

(...)

Sob outro viés, muito embora tenha sido reconhecido que os crimes continuados de difamação ocorreram em dois blocos distintos, sendo o primeiro englobando os dias 25/8/2016 (três delitos) e 14/9/2016 (quatro delitos), e o segundo o dia 7/11/2016 (três delitos), **há de se decotar a errônea incidência do aumento de pena estipulado na fração de 1/5 (um quinto) quanto a este último bloco, uma vez que não decorreu o intervalo de sessenta dias, reconhecido pelo Conselho de Justiça, entre os dias 14/9/2016 e 7/11/2016.**

Tendo sido fixadas as penas dos crimes continuados de difamação em 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção e em 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de detenção, e **agora reconhecendo-se a presença de apenas um bloco de crimes praticados em continuidade delitiva, deve ser automaticamente mantida apenas a fração de 2/3 (dois terços), alcançando-se o apenamento de 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.**

Destarte, mantido os demais termos do *Decisum*, votei pela readequação das penas unificadas de calúnia e de difamação, portanto, em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, sendo 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção para cada um dos 2 (dois) blocos de delitos continuados de calúnia; e 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção para os delitos continuados de difamação. (Grifos nossos).

Conforme se verifica, a discussão restringiu-se à inconformidade quanto à separação das mensagens com declarações difamatórias em dois blocos distintos, porque, apesar de o Conselho *a quo*, por razão de política criminal, ter adotado o intervalo máximo de 60 (sessenta) dias entre as condutas para o reconhecimento da continuidade delitiva, mesmo sem ter transcorrido período superior, deixou de reconhecer essa regra para os crimes continuados de difamação praticados entre a última mensagem com declarações difamatórias do primeiro bloco, enviada em 14 de setembro de 2016, e a mensagem com declarações difamatórias do segundo bloco, enviada em 7 de novembro de 2016, aplicando, por consequência, a fração de 1/5 (um quinto) para aumentar a pena de 1 (um) dos 3 (três) crimes continuados de difamação praticados na

mensagem com declarações difamatórias do segundo bloco, enviada em 7 de novembro de 2016.

Assim, em conformidade com os acertados fundamentos apresentados no Voto Vencido da Ministra Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, como, de fato, não transcorreu um período superior a 60 (sessenta) dias entre as 7 (sete) declarações difamatórias do primeiro bloco, enviadas nos dias 25 de agosto de 2016 (três infrações) e 14 de setembro de 2016 (quatro infrações), e nem entre a última mensagem do primeiro bloco (14/9/2016) e a mensagem com 3 (três) declarações difamatórias do segundo bloco, enviada no dia 7 de novembro de 2016 (três infrações), entendo, também, que deve ser considerada a presença de apenas um bloco de mensagens com 10 (dez) declarações difamatórias. Assim, considerando a pena fixada na última fase do critério trifásico de 4 (quatro) meses de detenção, bem como a orientação jurisprudencial desta Corte<sup>193</sup>, ao ser aplicada a fração de 2/3 (dois terços) para agravar a pena de 1 (um) dos 10 (dez) crimes de difamação praticados em continuidade delitiva (considerados num só bloco), o apenamento do Embargante se consolida em 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Nesse mote, adoto como minhas razões de voto o entendimento da corrente minoritária, para, mantendo os demais termos da Sentença condenatória, readequar as penas unificadas dos crimes de calúnia e de difamação em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, tendo em vista que, para cada um dos 2 (dois) blocos de delitos continuados de calúnia, foi fixada a pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção – somando, então, 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção – e, conforme foi amplamente explorado nestes autos, para os delitos continuados de difamação, foi atribuída a pena de 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Reforço que, a despeito de ter concordado com os fundamentos apresentados pela Ministra Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA para readequar a pena unificada do 3º Sgt Ex DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI, permanece inalterada a pena de 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção fixada na Sentença para cada um dos 2 (dois) blocos de mensagens com declarações caluniosas.

Nesse mote, considerando que a pena relativa ao crime de calúnia totalizou 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção (que não foi sequer analisada nestes Embargos, por não ter sido matéria divergente), somada à pena de 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, relativa à difamação,

---

<sup>193</sup> Apelação nº 7000579-35.2020.7.00.0000. Relator Ministro Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Data de Julgamento: 3/12/2020. Data de Publicação: 16/12/2020.

que ora fixei, chega-se ao patamar definitivo de 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Dessa forma, alterando o meu posicionamento firmado quando do julgamento da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, nos termos do Voto Vencido proferido pela Ministra Relatora Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, entendo que o Acórdão embargado deve ser reformado para readequar a pena aplicada ao 3º Sgt Ex DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção pela prática dos crimes previstos nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, II e IV, todos do CPM, na forma do artigo 71 do CP comum, mantendo-se, porém, os demais termos da Sentença condenatória.

Ante o exposto, conheço parcialmente destes Embargos, pois somente houve divergência em relação ao intervalo de 60 (dias) para a agravante da continuidade dos crimes de difamação e, na parte conhecida, acolho totalmente os Embargos Infringentes do Julgado opostos pela Defesa para, reformando o Acórdão lavrado nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, readequar a pena aplicada ao 3º Sgt Ex DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, como incurso nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, II e IV, todos do CPM, na forma do artigo 71 do CP comum, mantendo, porém, os demais termos da Sentença condenatória, inclusive, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, com fundamento no art. 102 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, consoante disposto no art. 69, parágrafo único, inciso I, do RISTM, o Ministro-Presidente Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos proferiu voto para conhecer parcialmente dos Embargos, pois somente houve divergência em relação ao intervalo de 60 (sessenta) dias para a agravante da continuidade dos crimes de difamação e, na parte conhecida, acolher totalmente os Embargos Infringentes do Julgado opostos pela Defesa, para reformar o Acórdão lavrado nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000 e readequar a pena aplicada ao 3º Sgt Ex Diogo José de Andrade Acioli para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, como incurso nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, II e IV, todos CPM, na forma do artigo 71 do CP comum, mantendo, porém, os demais termos da Sentença condenatória, inclusive, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, com fundamento no art. 102 do CPM.

Brasília, 9 de dezembro de 2021 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

**DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI

Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 7000610-21.2021.7.00.0000

Cuida-se de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos pela Defesa, em favor do 3º Sgt Ex DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI, contra o Acórdão proferido nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, da Relatoria da Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, cujo Relator para o Acórdão foi o Ministro-Revisor Ten Brig Ar CARLOS AUGUSTO AMARAL OLIVEIRA.

Na oportunidade, esta Corte, por maioria, conheceu, parcialmente, dos Embargos, para reformar o Acórdão lavrado nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000 e readequar a pena aplicada ao ora Embargante para 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, como incurso nos arts. 214 e 215, c/c o art. 218, II e IV do CPM, na forma do art. 71 do CP comum, mantendo, todavia, os demais termos da Sentença condenatória, bem assim a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Quando do julgamento dos presentes Embargos Infringentes e de Nulidade opostos pela Defesa, por divergir da corrente majoritária, votei vencido, pois não acolhia o mencionado Recurso com o fito de reformar o Acórdão emanado nos autos da Apelação supracitada, que manteve incólume o édito condenatório proferido pelo Juízo *a quo*.

Ora, vale ressaltar que o voto-vencido, no bojo da Apelação, proferido pela Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, apenas foi dissonante quanto à dosimetria da pena aplicada ao Embargante quando da Sentença condenatória, que o condenou à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 4 (quatro) dias de detenção.

Contudo, a Defesa, em seu obstinado intento, buscou no Recurso Infringente rediscutir matéria já suplantada no julgamento da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, não merecendo, portanto, melhor sorte.

No que concerne à reforma parcial do Acórdão emanado na Apelação alhures mencionada, alterando o *quantum* da pena aplicada, com as escusas devidas, entendo, sobejamente, equivocada.

Nota-se que o Embargante já foi, por razões de política criminal, beneficiado pelo instituto da continuidade delitiva prevista no art. 71 do CP comum, em que pese se tenha considerado 60 (sessenta) dias para a aplicação do referido instituto, mesmo contrariando a orientação do STF, que considera o interstício de 30 (trinta) dias, quando o agente pratica condutas nas hipóteses do citado dispositivo legal.

Do contrário, se ocorresse o cúmulo material das condutas perpetradas para os crimes de calúnia e difamação – como determina o art. 80 do CPM –, seguramente a pena aplicada, pela monta de desígnios praticados pelo Embargante, seria bem superior.

Com o fito de aplicar a pena em um patamar razoável, proporcional e, portanto, bem mais favorável ao Embargante, o Juízo *a quo*, assertivamente, considerou os 60 (sessenta) dias de intervalo entre as condutas criminosas, para fins de adoção da continuidade delitiva, ao invés de aplicar cúmulo material, o que seria bem mais prejudicial a ele.

Para tanto, o Juízo de Piso aplicou, corretamente, a dosimetria da pena, atendendo-se ao sistema trifásico, assim como aplicando, como já vergastado, a continuidade delitiva, que é bem mais benéfica para o réu, não devendo se cogitar a hipótese de readequação da pena.

Quando do julgamento da Apelação, a eminente Ministra Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, ao divergir da corrente majoritária, que mantinha a sentença incólume, consignou o seguinte:

(...) Sob outro viés, muito embora tenha sido reconhecido que os crimes continuados de difamação ocorreram em dois blocos distintos, sendo o primeiro englobando os dias 25/8/2016 (três delitos) e 14/9/2016 (quatro delitos), e o segundo o dia 7/11/2016 (três delitos), há de se decotar a errônea incidência do aumento de pena estipulado na fração de 1/5 (um quinto) quanto a este último bloco, uma vez que não decorreu o intervalo de sessenta dias, reconhecido pelo Conselho de Justiça, entre os dias 14/9/2016 e 7/11/2016. Tendo sido fixadas as penas dos crimes continuados de difamação em 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção e em 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de detenção, e agora reconhecendo-se a presença de apenas um bloco de crimes praticados em continuidade delitiva, deve ser automaticamente mantida apenas a fração de 2/3 (dois terços), alcançando-se o apenamento de 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção (...).

Assim, nos presentes Embargos Infringentes e de Nulidade, este Tribunal fez prevalecer o citado voto divergente – quando do julgamento da Apelação –, a meu sentir, de forma equivocada e em demasiada benevolência ao réu, com todas as *venias* aos que entendem de forma diversa, considerando, sobretudo, a repugnância da exposição que o acusado em questão submeteu a Força Terrestre e seus colegas de farda, de forma sorrateira e irresponsável.

No mesmo contexto, foi o entendimento esposado pela PGJM em seu Parecer, *ipsis verbis*:

(...) Forçoso concluir, assim, que o embargante já foi duplamente beneficiado no caso, primeiramente, com a ficção jurídica do crime continuado, nos termos do art. 71 do CP comum mais benéfico ao apenado do que o art. 80 do CPM, e, em segundo, o Juízo *a quo* entendeu como

delitos continuados os praticados em intervalos de tempo de 60 dias, e não 30 dias como viceja a jurisprudência sobre o tema.

Ora, caso não fosse aplicada a regra do crime continuado previsto na legislação penal comum, bem como o intervalo de tempo entre as condutas criminosas fossem consideradas até 30 dias, como requerido pela Defesa, por certo, a pena aplicada seria em patamar superior ao *quantum* de 3 anos, 2 meses e 4 dias de detenção, fixado no Juízo de piso e mantida no julgamento da Apelação embargada (...).

A propósito, repise-se, à exaustão, que, se fosse aplicado o cúmulo material de crimes ao Embargante – o que, aliás, seria plenamente possível, pois há previsão na legislação castrense –, a pena teria ficado em patamar, infinitamente, superior à adotada nesse contexto fático.

Todavia, em homenagem à política criminal, adotou-se a aplicação da continuidade delitiva, estendendo-se, inclusive, para 60 (sessenta) dias o interstício das condutas delitivas, ao invés de 30 (trinta) dias, conforme jurisprudência do STF, a fim de atender à razoabilidade e à proporcionalidade, quando observado o desvalor da conduta delitiva.

Por essas razões, votei vencido, visto que conhecia e não acolhia os presentes Embargos Infringentes e de Nulidade opostos pela Defesa, para manter, *in totum*, o Acórdão proferido nos autos da Apelação nº 7000306-22.2021.7.00.0000, que afiançou a Sentença de primeiro grau, a qual condenou o 3º Sgt Ex DIOGO JOSÉ DE ANDRADE ACIOLI à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 4 (quatro) dias de detenção, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Superior Tribunal Militar, 9 de dezembro de 2021.

Gen Ex Odilson Sampaio Benzi  
Ministro do STM

---



---

Recurso em Sentido Estrito



---

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7000256-93.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorrido: Arlan Leandro de Oliveira.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. INGRESSO CLANDESTINO. TRANSPOSIÇÃO DE OBSTÁCULO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO ATACADA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. MÍNIMA OFENSIVIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INADEQUAÇÃO PROCESSUAL. EXAME DE MÉRITO. CRIME DE MERA CONDUTA. TUTELA DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. SEGURANÇA ORGÂNICA. PROTEÇÃO DIRIGIDA À “ULTIMA RATIO” DO ESTADO. PATRIMÔNIO HUMANO E MATERIAL. APURAÇÃO DOS FATOS. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO CRIMINAL. PROVIMENTO DO RECURSO. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PENAL MILITAR. BAIXA DOS AUTOS AO JUÍZO “A QUO”. DECISÃO UNÂNIME.

1. O crime de Ingresso Clandestino, sendo de mera conduta, dispensa resultado naturalístico. A entrada de agente em Organização Militar (OM), por onde seja defeso o seu ingresso, perfaz a subsunção do fato à norma. O sucesso da segurança orgânica da “ultima ratio” do Estado (patrimônio humano e material) depende da tutela emanada pelo art. 302 do CPM. O emprego de técnicas de escalada para a transposição de obstáculo robusto, erguido nos limites do quartel, denota dolo intenso.

2. A rejeição da Denúncia, calcada na atipicidade material da conduta, pelo viés da insignificância e sem o mínimo de

profundidade investigativa, constitui autêntico julgamento antecipado da “lide”.

3. As Forças Armadas, mediante a prevenção geral e especial previstas no CPM, apenas serão regulares e permanentes mediante a tutela confiada, pela Constituição Federal, à Justiça Militar da União. As OM estão dotadas do necessário aparato dedicado à defesa da sociedade e muito cobiçado pela criminalidade. Assim, resguardam-se vidas humanas, bens imateriais e materiais, inclusive de natureza bélica (armas, munições, explosivos, viaturas, aeronaves, embarcações etc.).

4. A reprovabilidade da conduta do intruso merece, igualmente, censura no âmbito da vida civil, diante da inviolabilidade do domicílio do cidadão comum. Comparativamente, o ingresso clandestino, previsto na Lei Penal Militar, explicita parâmetros de proteção superlativamente mais robustos, em face da magnitude do bem jurídico posto em risco e o caráter público da tutela legal.

5. Os operadores do Direito, diante da realidade da segurança pública nacional, devem perceber, justamente por integrarem esta Justiça Especializada, que o eventual ingresso de agente, mesmo quando alegada a única intenção de comer frutas de árvore situada na OM ou de atalhar rotas, pode esconder planos futuros. Por exemplo, testar o plano de vigilância, conhecer melhor o sistema de segurança e as instalações para, mediante posterior operação criminosa, invadir o quartel, agredir pessoas, empreender sabotagem, obter vantagens ilícitas e/ou subtrair armas.

6. Os diversos vetores que guiaram a tipificação do art. 302 do CPM merecem especial atenção. Além da nítida necessidade de manutenção da integridade e da credibilidade das Forças Armadas, esse tipo penal também resguarda a vida das Sentinelas e dos eventuais invasores. Flexibilidades jurisprudenciais fomentam a criatividade criminosa e, ainda pior, trazem insegurança jurídica para os defensores das OM – Comandantes, Oficiais de Dia, Sentinelas etc.

7. A fase do juízo de prelibação, destinado ao exame da Denúncia, perscruta o atendimento dos requisitos legais exigidos nos arts. 77 e 78, ambos do CPPM. Nesse sentido, opera a análise da descrição minuciosa da conduta, em tese, delituosa, com todas as suas circunstâncias, supostamente reveladoras da materialidade, bem como os indícios suficientes da autoria, aos quais alude o art. 30 do CPPM. Nessa fase, há a prevalência do brocardo “in dubio pro societate”. Evita-se impedir, prematuramente, a instrução processual, única capaz de elucidar potenciais ataques à última ferramenta de proteção da sociedade.

8. Provisamento do Recurso Ministerial. Instauração do Processo Penal castrense. Baixa dos autos ao Juízo “a quo”. Decisão unânime.

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Ministro-Presidente, presente o Dr. José Garcia de Freitas Junior, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, deu provimento ao Recurso Ministerial para, desconstituindo a Decisão questionada, receber a Denúncia oferecida em desfavor do civil Arlan Leandro de Oliveira, como incurso no art. 302 do CPM, por atender aos requisitos legais, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento da APM relacionada ao APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, nos termos do voto do Relator Ministro Marco Antônio de Farias.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Lúcio Mário de Barros Gões, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. Ausência justificada dos Ministros Artur Vidigal de Oliveira e Francisco Joseli Parente Camelo. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. José Garcia de Freitas Junior, e o Defensor Público Federal de Categoria Especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 24/8/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito (RSE) interposto pelo Ministério Público Militar (MPM), com esteio no art. 516, alínea “d”, do CPPM, contra a Decisão da Juíza Federal da Justiça Militar da 4ª Auditoria da 1ª CJM, exarada em 11.12.2020, a qual, com base no art. 395, inciso III, do CPP comum, rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor do civil **ARLAN LEANDRO DE OLIVEIRA**.

O MPM imputou ao denunciado a prática, em tese, do crime de Ingresso Clandestino, previsto no art. 302 do CPM, conforme os indícios integrantes do Auto de Prisão em Flagrante (APF) nº 7000167-74.2020.7.01.0001.

Nos termos da Denúncia oferecida em 30.11.2020, com base no APF referido, em síntese, o cidadão ARLAN, em 21.2.2020, por volta das 21h, “de forma dolosa, livre e consciente, penetrou no Quartel General da 9ª Brigada de Infantaria Motorizada (Escola), pulando o muro entre o aquartelamento e a linha férrea da Supervia S/A, local por onde não existe passagem regular” (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 97).

O Órgão Ministerial sustenta que o agente incorreu em prática ilícita, pois, conscientemente, transpôs obstáculo (muro), invadindo o quartel por local proibido, haja vista inexistir passagem regular.

No interior do aquartelamento, o invasor foi preso em flagrante pela sentinela da hora (Sd Ex Victor Hugo da Silva Lima) e conduzido à presença do Oficial de Dia da OM, para a lavratura do correspondente APF.

Os autos estão instruídos, entre outros, com os seguintes documentos de maior relevância:

- a Portaria relacionada à lavratura do APF (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 1, Doc. 1, fl. 3);

- a oitiva do condutor do flagrante, da testemunha de apresentação e do conduzido (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 1, Doc. 1, fls. 6/8);

- as Notas de Culpa e de Ciência das Garantias Constitucionais (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 1, Doc. 1, fls. 17/18);

- os Ofícios remetidos pelo Presidente do APF, informando a autoridade judiciária militar, o MPM, a DPU e o Delegado da 34ª Delegacia de Polícia Civil do Rio de Janeiro/RJ acerca da prisão (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 1, Doc. 1, fls. 22/25 e 29);

- o Relatório elaborado pelo Presidente do APF (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 1, Doc. 1, fl. 31);

- o Exame de Constatação de Integridade Física do flagranteadado (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 1, Doc. 1, fl. 35);

- o Registro de Ocorrência, formalizado na 35ª Delegacia de Polícia Civil do Rio de Janeiro/RJ, referente ao recambiamento de preso (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 1, Doc. 1, fls. 37/38);

- a Decisão de restabelecimento da liberdade do flagranteadado, exarada em 22.2.2020, pelo Juiz Federal da Justiça Militar plantonista na 1ª CJM (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 4);

- o Alvará de Soltura cumprido, acompanhado da Certidão do Oficial de Justiça (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 11, Docs. 1 e 2);

- a Ata da Audiência de Custódia, presidida pelo Magistrado plantonista da 1ª CJM (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Eventos 14 e 15);

- as fotos alusivas ao local de ingresso do invasor e do percurso realizado no interior da OM até a sua apreensão, sendo acompanhado do croqui correspondente, em cumprimento às diligências complementares requeridas pelo MPM (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 35);

- a proposta de transação penal formalizada pelo Órgão Ministerial, com vistas à prestação de serviços comunitários pelo envolvido (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 65);

- a manifestação de concordância da DPU, no tocante à transação penal proposta (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 72);

- o posicionamento do *Parquet* pelo oferecimento da Denúncia, em 30.11.2020, diante do eventual desinteresse do agente no tocante à transação penal, em decorrência das tentativas frustradas de intimação para o comparecimento à audiência preliminar (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 96); e

- a Certidão, registrando que o Sr. **Arlan**, tendo confirmado o recebimento do Telegrama do Juízo Militar em 27.11.2020, contactou o Oficial de Justiça, por videochamada, em 1º.12.2020, manifestando-se favoravelmente à proposta de transação penal (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 99, Doc. 1).

A Juíza Federal da Justiça Militar da 4ª Auditoria da 1ª CJM, em Decisão de 11.12.2020, rejeitou a Denúncia (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 101).

Irresignado com a rejeição da Denúncia, o MPM, em 14.1.2021, interpôs o presente RSE.

Em Razões Recursais, o *Parquet* pleiteia o provimento do presente Recurso, com a consequente reforma da Decisão combatida, a fim de que, em síntese, o recebimento da Inicial acusatória e a persecução penal sejam procedidos (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 101; e Evento 1, Doc. 1, deste RSE).

Nas Contrarrazões, em suma, a DPU pugna pelo não provimento do Recurso Ministerial, com a consequente manutenção da Decisão atacada (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 128, Doc. 2; e Evento 1, Doc. 2, deste RSE).

Em cumprimento ao disposto no art. 520 do CPPM, o juízo negativo de retratação foi formalizado, mantendo-se a Decisão recorrida (Processo relacionado: APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001, Evento 130).

A Procuradoria-Geral de Justiça Militar (PGJM), em Parecer da lavra da Subprocuradora-Geral de Justiça Militar Dra. Hermínia Célia Raymundo, opina pelo provimento do RSE, com a consequente reforma da Decisão vergastada, para proceder ao recebimento da Denúncia em desfavor do civil **Arlan** Leandro de Oliveira (Evento 6 deste RSE).

A DPU foi intimada da inclusão do Recurso em pauta para o julgamento.

É o Relatório.

## VOTO

O presente Recurso satisfaz os requisitos de admissibilidade. Logo, merece ser conhecido.

Este feito tem potencial didático. Não se trata de situação simples de ingresso clandestino. A análise do âmago do Processo nos permite extrair muitos ensinamentos para os operadores do Direito da JMU.

### 1. Introdução – A Decisão atacada.

A Juíza Federal da Justiça Militar da 4ª Auditoria da 1ª CJM, em 11.12.2020, rejeitou a Denúncia relativa à prática, em tese, do crime previsto no art. 302 do CPM (Ingresso Clandestino), imputado ao civil **ARLAN LEANDRO DE OLIVEIRA**, com amparo no art. 395, inciso III, do CPP comum.

A Decisão questionada baseou-se na atipicidade material da conduta. Na óptica da Magistrada, em suma, inexistia justa causa para a Ação Penal Militar (APM), diante da mínima ofensividade ao bem tutelado e da insignificância penal atribuída ao fato.

### 2. O escopo recursal.

O Órgão Ministerial pleiteia a reforma da Decisão guerreada, para que se opere o recebimento da Denúncia em desfavor do civil **ARLAN**, pois a peça acusatória atende às exigências da Lei Processual Penal Militar.

### 3. A posição do Relator.

À evidência, o pleito do Recorrente é razoável e consistente.

Os elementos indiciários são suficientes para a deflagração da APM em desfavor do civil **ARLAN**. Por isso, pronuncio-me pelo provimento do Recurso Ministerial.

### 4. A abordagem recursal.

Com razão, o MPM pondera que os fatos constantes da narrativa acusatória se amoldam à descrição típica de Ingresso Clandestino. Ademais, o

crime imputado é de mera conduta, sendo dispensável qualquer resultado naturalístico.

Assim, a subsunção ao referido tipo penal (art. 302 do CPM) independe de efetivo dano. A ultrapassagem dos limites guardados da OM, indisponível à circulação de transeuntes civis, perfaz as elementares do delito. Não se exigem, nessa composição, motivos inidôneos determinantes do comportamento.

As invasões em OM têm se tornado cada vez mais frequentes e, quando o agente é flagrado, sempre apresenta as mais variadas escusas, mas as verdadeiras e nefastas intenções, nessas situações, restam incógnitas e, por isso mesmo, as Forças Armadas estão, em tese, tuteladas pelo art. 302 do CPM.

Entretanto, o que se observa, de forma geral, é que o crime de invasão de OM tem sido perigosamente reduzido, na sua gravidade, pelos operadores do Direito.

Para ilustrar esta óptica, exemplifica-se: supondo que certa vítima acordasse e encontrasse, à noite, um estranho dentro da sua casa, armado ou não, aparentando estar sob o efeito de drogas, o qual justificasse a invasão por estar com fome e desejasse comer algo. O crime seria insignificante e a violação de domicílio atípica? Ouvido o argumento do invasor, o ofendido deveria acatá-lo e concordar com ele? E, mesmo diante da intrusão na sua residência, o criminoso seria dispensado de responder na Justiça? O Sr. consideraria o fato como insignificante?

No exemplo ora trazido, já haveria o grave crime de invasão de domicílio, mesmo se atacado tão somente o interesse privado. No tocante à invasão de Instituição Militar, o interesse é público, tanto que todas as ações penais previstas no CPM têm essa natureza. **Então por que, ao se tratar das OM, as quais têm armas, munições, explosivos, carros de combate, aeronaves e embarcações, muito atrativas para o crime, haveríamos de ser mais benevolentes, em comparação com a propriedade privada?**

Repise-se, não se deve olvidar que eventual ingresso, mesmo quando o agente alegar como única intenção o desejo de comer frutas de uma árvore situada no interior da OM, pode esconder planos futuros, como, por exemplo: testar o plano de vigilância, conhecer melhor o sistema de segurança e as instalações para, depois, mediante planejamento bem elaborado, invadir o quartel, agredir pessoas, obter vantagens ilícitas e/ou subtrair armas ou, até mesmo, sabotar os meios mais potentes nas operações de guerra.

Por isso mesmo, o tipo penal do art. 302 do CPM é reconhecido como crime de mera conduta, não importando qual a intenção do agente ao ingressar na área militar.

Em outras palavras, para a configuração do crime de ingresso clandestino, não se exige qualquer motivo determinante no comportamento do agente.

A motivação alegada para adentrar na área militar pode ser, por exemplo, para colher frutos, passear, ou simplesmente cortar caminho. Tais desígnios em nada interferem na configuração do delito, na medida em que o tipo não exige elemento subjetivo específico ou especial fim de agir.

A Doutrina de JORGE CÉSAR DE ASSIS afirma:

**(...) É crime de mera conduta, visto que não se exige a produção de nenhum resultado naturalístico para a sua configuração, ou seja, basta a entrada do agente, por onde seja defeso ou não haja passagem regular, nos lugares consignados na norma ou assemelhados, porém sempre de natureza militar. (...)**

Daí porque, conforme anotado por Alexandre José de Barros Leal Saraiva, temos que **“satisfaz a conduta típica o ato de penetrar, puro e simples, sem perquirir os motivos determinantes da conduta do agente”** isto porque “o crime de ingresso clandestino, no seu tipo, não contém requisito subjetivo, não exigindo motivação especial no penetrar clandestinamente, e que não contendo resultado naturalístico (teleológico), que pudesse dar abrigo a qualquer outra atividade” (2002, p. 47).

É pertinente a observação do autor. **O crime do art. 302 não exige nenhum dolo específico. Pensar o contrário é descaracterizar totalmente a norma legal, que passará a exigir um especial fim de agir na conduta do invasor, o qual não está previsto no tipo penal militar.**

**Para a consumação do delito é necessário que o sujeito ativo tenha consciência de que está ingressando (...) em local sujeito sob Administração Militar e também que está utilizando acesso proibido ou burlando vigilância de sentinela ou vigia. (...). (In Comentários ao Código Penal Militar. 10ª Edição - Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2018, p. 869.) (Grifos nossos).**

As decisões do STM sempre examinam se os limites da OM invadida estavam bem definidos. O que se dizer do Quartel-General da 9ª Brigada de Infantaria Motorizada (Escola), que, além de ter o seu perímetro muito bem sinalizado, foi invadido, colocando em risco a vida do invasor e das sentinelas, tudo com o potencial de causar baixas de ambos os lados? Ainda, no contexto, insere-se um perigoso agravante: a invasão ocorreu à noite.

Nos chamados países desenvolvidos e organizados, a tutela das Forças Armadas está maduramente interligada à noção de paz social e, nesse cenário, a invasão de OM não encontra tolerância nos Tribunais.

Além dos potenciais prejuízos (perigo abstrato e concreto), essas ações invasivas, como dito, podem acobertar tramas para conhecer os dispositivos de segurança, visando a futuras ações.

O caso exige a fiel percepção da atualidade e do caráter pedagógico que a JMU deve exercer para bem tutelar os serviços prestados pelas Forças Armadas à sociedade.

Devem-se perceber os diversos vetores que guiaram a tipificação do art. 302 do CPM. Além da nítida necessidade de manutenção da integridade e da credibilidade das Forças Armadas, esse tipo penal também resguarda a vida das Sentinelas e dos eventuais invasores. Sra. Ministra e Srs. Ministros, **flexibilidades jurisprudenciais fomentam a criatividade criminosa e, ainda pior, trazem insegurança jurídica para os defensores das OM - Comandantes, Oficiais de Dia, Sentinelas etc.**

As possíveis perdas de vidas, decorrentes de invasões, tenham ou não sido esclarecidos os motivos da ação, causam graves óbices, além do empenho de caros meios investigativos. Outrossim, causam desconfiança na população quanto à capacidade de as OM protegerem o seu próprio patrimônio humano e material.

Por isso, para a subsunção do fato à norma, não se questiona o motivo da invasão, sendo despidendo haver resultado naturalístico. Não se exige motivo determinante para o comportamento do agente.

Os julgados do STM alinham o entendimento no qual o delito do art. 302 do CPM requer apenas o dolo genérico; para a sua consumação basta o *animus* de penetrar na área militar de modo oculto; o dolo exigido no delito em tela resume-se ao agente saber que a área militar não é de acesso público e, ainda assim, adentrar sem qualquer tipo de autorização. Ou seja, o tipo em tela não exige finalidade motivadora do ato ou dano à Administração Militar.

Em tal diapasão, o ato de penetrar (núcleo da conduta) o local defeso ou sem passagem regular sob a Administração Militar, em tese, perfaz o crime, seja qual for o intento do autor.

Para aqueles profissionais de vivência castrense ou para os estudiosos da vida militar, a invasão ao quartel, numa atitude individual ou coletiva, não pode ser descartada ou relegada à insignificância. Inclusive, não raro, pode compor estratégia de maior vulto, articulada com outros indivíduos, os quais aguardam, tão somente, uma sinalização positiva para se associar na empreitada. Nunca se sabe com que meio ofensivo o invasor está aparelhado, tampouco as suas intenções.

O resguardo à OM, por consistir área de segurança, agrega aspecto central na tipologia do crime em tela.

A eventual docilidade da “orientação punitiva”, nessa conjuntura, é indesejada. Na dicção de Guilherme de Souza Nucci<sup>194</sup>, o critério de segurança dos aquartelamentos é inflexível: “Há que se buscar, em tais lugares, a vedação de ingresso”.

Nessa linha, há equívoco na extração da importância às invasões às áreas de segurança. Torna-se inadequado minimizar os potenciais riscos envolvidos. A ultrapassagem de um obstáculo de difícil transposição, limítrofe da OM, não deve ser rotulado como atitude comezinha.

O pensamento de quem lida com a segurança dos quartéis, e seu pessoal, instalações e material bélico, deve ser rígido. Se, em princípio, acreditar na possibilidade de que haja algum interesse embutido na conduta do infrator, esse viés necessita de averiguação. Descredenciar, de plano, a apuração penal, sem sequer sujeitar o agente ao devido processo legal, não é razoável nessas circunstâncias.

Sr. Presidente, Sra. Ministra e Srs. Ministros! Esclareço: ou os operadores de Direito castrense entendem esse conceito ou irão fragilizar as Normas de Ação que definem as rotinas da caserna.

Com nitidez, vislumbra-se que a conduta do denunciado, no presente caso, é passível de responsabilização penal. A atipicidade material, pelo viés da insignificância, decretada na Decisão recorrida, comparativamente, equivale à absolvição sumária. Nesse formato, abstrai-se toda a análise contextual que o caso requer. Ademais, os aspectos viabilizadores da prevenção geral tendem a perder impulso.

Apenas com instrução criminal bem elaborada, a prestação jurisdicional torna-se possível.

O caso demanda resposta penal melhor elaborada, sendo exigível, sobretudo, o exame de mérito da causa. O mero bloqueio da instauração da APM (com a rejeição da Denúncia) mostra-se ineficiente. Na hipótese, o brocardo “in dubio pro societate” deve imperar.

Ademais, o suposto estado de desorientação, atribuído ao denunciado, com base em testemunhos, está pendente de adequada comprovação e da necessária abordagem durante a APM. Nesses termos, não exclui a imputabilidade penal do Recorrido.

---

<sup>194</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 401.

Em suma, diversos detalhes relativos à conduta perpetrada poderão ser elucidados no bojo da instrução criminal.

Na contextualização dos fatos, outras informações devem ser acrescidas, as quais são igualmente significativas para identificar o cenário da conduta relatada na Denúncia.

O QG da 9ª Bda Inf Mtz - Escola, o qual foi invadido pelo denunciado, ocupa destacado patamar no concerto das demais OM. Destina-se às instalações do Comando de Brigada, tendo por Comandante Oficial-General. Ademais, essa OM cumpre importante estratégia no âmbito da 1ª Divisão do Exército, pois representa o braço armado para os fins de operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), entre outras atividades de igual grandeza.

No aspecto geográfico, o QG da 9ª Bda Inf Mtz - Escola guarda especificidades que a torna muito sensível no aspecto de segurança pública. Na sua circunvizinhança, existem comunidades as quais sofrem em razão da significativa presença de grupos criminosos, alguns, inclusive, compostos por milicianos. Há evidente traficância, sendo que os infratores (“foras da lei”) envolvem-se em constantes conflitos no intuito de alcançar a supremacia com o foco de dominar as áreas adjacentes.

Diante desse perigoso panorama, a segurança orgânica do QG da 9ª Bda Inf Mtz - Escola está sob constante ameaça, sendo visado como alvo de incursões e de intimidação. Não se trata de um ingresso clandestino numa área de campo aberto como, por exemplo, Campo de Instrução. Trata-se de área edificada, o QG da 9ª Bda Inf Mtz.

A permanente prontidão dos militares de serviço torna-se condição vital para a segurança das unidades sediadas na Vila Militar do Rio de Janeiro/RJ e adjacências. Nesse tenso ambiente, os armamentos que aparelham os quartéis daquela área são avidamente cobiçados pela criminalidade. Nesse contexto, pode-se afirmar serem repetitivas as tentativas de penetração criminosa naqueles quartéis.

Assim, infere-se que as invasões, aparentemente inofensivas, podem esconder táticas perigosas para a segurança orgânica das OM. Toda e qualquer ocorrência deve ser apurada e jamais desprezada (Possibilidades investigativas: se o agente tem desafetos; a sua vida pregressa, atividades irregulares; se tem algum conhecido servindo no QG; se algum militar cumprindo escala de serviço, na data da ocorrência, é da sua convivência/relacionamento; por que teria escolhido aquele local para ingressar na OM).

Os indícios caracterizadores de crime militar estão presentes na conduta de ARLAN. Por conseguinte, há justa causa para a apuração dos fatos em sede penal.

#### 4.1 Aspectos inerentes à análise da Denúncia para desencadear a APM.

Note-se que, em observância ao Princípio da Obrigatoriedade, o *Parquet* tem o dever de oferecer a Denúncia quando presentes, como neste caso, a prova do fato e os indícios de autoria, conforme o art. 30 do CPPM dispõe.

Ademais, a Denúncia atende aos ditames do art. 77 do CPPM, pois contém:

- a) designação do Juiz a quem é dirigida;
- b) a qualificação do acusado;
- c) o tempo, o lugar e a maneira com que se desenvolveu a atividade ilícita;
- d) a especificação da ofensa produzida à ordem administrativa militar;
- e) a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias;
- f) as razões de convicção;
- g) a classificação do crime; e
- h) o rol das testemunhas.

A análise da Inicial Acusatória, em tela, não revela a presença das vedações ao seu recebimento a que o art. 78 do CPPM alude.

O caráter fragmentário, em face do Princípio da Intervenção Mínima, atribuído ao Direito Penal, perde sustentação, conquanto a sua incidência estaria adstrita aos fatos sem qualquer relevância. Entretanto, diferentemente, o feito em exame não enseja essa conclusão, tendo em vista os riscos envolvidos na conduta.

Depreende-se que o episódio em tela diz respeito a ilícito castrense, em tese, pois afrontou os bens tutelados (os quais, num plano mediato, são: a proteção do aquartelamento, com seus bens, equipamentos e pessoal).

Havendo o mínimo suporte indiciário e apontada suficientemente a autoria delitiva, a proposta acusatória merece ser acolhida, desencadeando, por conseguinte, a instauração da ação penal. Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

Ementa: DENÚNCIA. REJEIÇÃO. RECEBIMENTO.

Para instauração da “persecutio criminis” basta que a proposta acusatória apresente um mínimo de suporte probatório e aponte indícios suficientes de autoria.

A fase de admissibilidade da demanda não é a mais apropriada para avaliação do elemento subjetivo relacionado à vontade do agente,

que só a sentença de mérito, como resultado da discussão da matéria probante, poderá aferir.

“In casu”, satisfeitos os requisitos essenciais à propositura da ação penal. Denúncia recebida.

Recurso provido. Decisão majoritária.

(STM. RSE nº 2002.01.007010-4/RJ. Relator para o Acórdão Ministro Ten Brig Ar Henrique Marini e Souza. Julg.: 5.11.2002. Public.: 28.2.2003.) (Grifos nossos).

Nesse diapasão, o juízo de prelibação, relativo ao exame da exordial desembocando na rejeição da denúncia, transpõe o referencial estabelecido no art. 30 do CPPM. Dessa forma, a Decisão ora guerreada revela-se equivocada. O precedente abaixo traz essa tônica:

Ementa: Recurso Criminal. Uso de documento falso. Rejeição da denúncia. Conduta típica. Recurso provido.

Exige-se do Magistrado, por ocasião do recebimento da denúncia, tão-somente um mero juízo de prelibação, adstrito ao exame dos requisitos descritos no art. 30 do CPPM.

Ultrapassa esse juízo o Magistrado que rejeita a denúncia, por considerar atípica a falsificação de documento, conduta prevista no art. 311 do CPM, sugerindo a desadequação típica para um ilícito de natureza disciplinar.

Recurso provido.

Decisão unânime.

(STM. RSE nº 03-81.2009.7.01.0401 (2009.01.007639-0/RJ). Relator Ministro Gen Ex Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Julg.: 19.10.2009. Public.: 30.11.2009.) (Grifos nossos.)

Julgados mais recentes ressaltam a importância da construção jurisprudencial como norteadora da atividade judicante. Nesse contexto, exsurge o exemplo de ser contraindicado, em juízo de prelibação, que o Magistrado, no afã de solucionar a *lide*, se adiante no reconhecimento de eventual atipicidade da conduta, sem parâmetros suficientemente nítidos, no campo probatório. Nesse sentido, colacionam-se as seguintes Ementas:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DESRESPEITO A SUPERIOR. RECUSA DE OEDIÊNCIA. DESOBEDIÊNCIA. ARTS. 160, 163 E 301 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. REJEIÇÃO PARCIAL DE DENÚNCIA. REQUISITOS DOS ARTS. 77 E 78 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. RECURSO PROVIDO. UNANIMIDADE. Em fase de juízo de prelibação da Denúncia, o Magistrado deve averiguar, apenas, se se encontram presentes a prova do fato que, em tese, constitua crime e indícios suficientes de autoria para iniciar o processo, nos termos do art. 30 do

Código de Processo Penal Militar. Se a Peça Acusatória descreveu minuciosamente a conduta, em tese, delituosa, bem como todas as suas circunstâncias, revestindo-se, pois, das formalidades legais exigidas pelos arts. 77 e 78 do Código de Processo Penal Militar, e não estando a conduta do denunciado acobertada pelo manto da atipicidade ou por excludentes de ilicitude, deve o Ministério Público Militar exercer o seu mister constitucional na busca dos elementos constitutivos da imputação contida na Exordial. A propósito dessa conclusão, impende salientar que nessa fase deve prevalecer o Princípio *in dubio pro societate*, segundo o qual o recebimento da denúncia não implica juízo de certeza, mas tão somente a mera probabilidade de procedência da ação penal. Recurso em Sentido Estrito provido. Decisão por unanimidade.

(STM. RSE nº 7000726-95.2019.7.00.0000. Relator Ministro Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino. Julg.: 27.8.2019. Public.: DJe de 9.9.2019); (Grifo nosso).

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VIATURA MILITAR E VEÍCULO CIVIL. LESÃO CORPORAL CULPOSA DE SOLDADO DURANTE SERVIÇO DE ESCOLTA. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. Inconformismo do MPM ante a Decisão do Juízo “a quo” que rejeitou a Denúncia oferecida, por falta de justa causa. Na fase preliminar de recebimento da Exordial, cabe ao juiz apenas verificar se foram preenchidos os requisitos exigidos pelos artigos 77 e 78 do CPPM. Os outros aspectos de ordem material ou processual deverão ser sopesados durante o processo, no qual o denunciado, pautado nas garantias constitucionais, terá a oportunidade de provar sua inocência. Ademais, com base no art. 6º da Lei nº 6.880/80, equivale a estar no exercício da função militar, membros das Forças Armadas designados para cumprir missão junto à Presidência da República. Denúncia que se encontra revestida das formalidades legais. Recurso do “Parquet” Militar Provido. Decisão unânime.

(STM. RSE nº 154-87.2015.7.07.0007. Relator Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi. Julg.: 20.3.2018. Public.: DJe de 4.4.2018.) (Grifo nosso).

## 5. Conclusão.

A Decisão recorrida consubstancia um verdadeiro julgamento antecipado da *lide*.

Neste momento, descabe promover juízo de valor a respeito da culpabilidade do denunciado. O julgador deve limitar-se, tão somente, à análise das provas da materialidade, em tese, do ilícito e dos indícios de autoria para, então, concluir pela viabilidade da deflagração da APM.

A instauração de APM não induz a condenação do acusado. O processo, uma vez instaurado, prosseguirá com a observância das garantias constitucionais que lhe são inerentes, sobretudo, a Ampla Defesa e o Contraditório.

A conduta imputada ao denunciado encontra-se suficientemente descrita na Peça Acusatória, a qual se reveste das formalidades legais previstas nos arts. 77 e 78, ambos do CPPM, com a presença dos elementos da tipicidade e da ilicitude.

**Sra. Ministra e Srs. Ministros!**

**Um cidadão desavisado, indiferente aos rigores e aos princípios do sistema de segurança física das instalações dos quartéis, os quais guardam no seu interior, armamentos, munições, explosivos, carros de combate, aeronaves, embarcações e vidas humanas, poderia, por equívoco (desconhecimento), abstrair-se e pensar de forma despreziosa sobre tão importantes aspectos, atinentes à última ferramenta de defesa da sociedade.**

**Entretanto, um Tribunal Militar não pode, simplesmente, obstruir a instrução criminal mais aprofundada, a qual tem o potencial de esclarecer as verdadeiras intenções do intruso (invasor), sob o risco de parecer leniente e de comprometer (diante da exposição de vulnerabilidades) a estrutura orgânica de defesa das OM.**

**Quem vive ou convive com a dinâmica das rotinas castrenses deve bem saber avaliar as consequências do relaxamento na proteção física das instalações e do pessoal. O Comandante preocupa-se, cotidianamente (24h), com a possibilidade de ter a sua OM invadida ou de perder armamento para a criminalidade.**

**Cabe, pois, a esta Justiça Especializada dar o suporte necessário à garantia e às tutelas jurídicas contra as ofensas aos patrimônios humano e material disponibilizados às Forças Armadas.**

**Desse modo, sendo esta Justiça Especializada, não se poderia permitir gerar insegurança jurídica para os militares que atuam nesses complexos serviços e operações. Se a APM evidenciar a inocência ou a culpa do denunciado, a JMU terá efetivado a sua missão.**

**Portanto, arquivar o feito sem nenhum aprofundamento dos fatos esvazia o suporte constitucional confiado à JMU e, pior, planta o descrédito nos civis de bem e nos militares, os quais arriscam as suas vidas na Defesa da sociedade e têm todo o direito de usufruírem da tutela prevista em Lei.**

Na presente ocorrência, é possível vislumbrar a existência do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, o que legitima os pressupostos processuais. Há evidente liame entre a conduta do denunciado e a infringência legal. Por conseguinte, perfaz a justa causa necessária à deflagração da APM.

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso Ministerial, para, desconstituindo a Decisão questionada, receber a Denúncia oferecida em desfavor do civil ARLAN LEANDRO DE OLIVEIRA, como incurso no art. 302 do CPM, por atender aos requisitos legais, e determino a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento da APM relacionada ao APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão de julgamento, por videoconferência, sob a Presidência do Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Vice-Presidente, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em dar provimento ao Recurso Ministerial, para, desconstituindo a Decisão questionada, receber a Denúncia oferecida em desfavor do civil Arlan Leandro de Oliveira, como incurso no art. 302 do CPM, por atender aos requisitos legais, determinando a baixa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento da APM relacionada ao APF nº 7000167-74.2020.7.01.0001.

Brasília, 24 de agosto de 2021 – Gen Ex Marco Antônio de Farias,  
Ministro-Relator.

---

---

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 7000591-15.2021.7.00.0000**

---

Relator: Min. Dr. José Barroso Filho.

Recorrente: Iuri Aguiar Alves Pinto.

Recorrido: Ministério Público Militar.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU. INVIABILIDADE DO PLEITO. ART. 453, § 3º, DO CPPM E ENUNCIADO Nº 12 DO STM. A CONDIÇÃO DE EX-MILITAR SÓ AFASTA A COMPETÊNCIA DESTA JUSTIÇA ESPECIALIZADA PARA A EXECUÇÃO DA PENA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. VEDAÇÃO LEGAL ANTE AS PECULIARIDADES DA JUSTIÇA CASTRENSE DA UNIÃO. CONCESSÃO POR ESTA CORTE POR QUESTÕES DE POLÍTICA CRIMINAL EM SE TRATANDO DE RÉU CIVIL CONDENADO À PENA INFERIOR A 2 ANOS. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO NA FASE DE CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. FEITO EM EXECUÇÃO PENAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA A CONCESSÃO DO *SURSIS*. ART. 62 DO CPM, C/C O ART. 2º DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E ENUNCIADO Nº 192 DO STJ. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA. ART. 126, § 1º, ALÍNEA A, ART. 125, INCISO VII, E SEU § 1º, E 133, TUDO DO CPM. ARTS. 470 E 467, ALÍNEA H, AMBOS DO CPPM. CONCESSÃO. UNÂNIME.

I - No processo de Deserção, a condição de militar é exigida tão somente no momento do recebimento da Exordial, na forma do art. 457, § 3º, do CPPM, não fazendo qualquer exigência enquanto tramitar a referida ação penal militar.

II - O Enunciado de nº 12 do STM preceitua que a praça sem estabilidade não pode ser denunciada sem ter readquirido a condição de militar. Como se vê, torna tal requisito indispensável somente no momento da instauração da ação penal militar.

III - A perda da condição de militar não extingue a punibilidade, como quer fazer crer a Defesa, mas tão somente afasta a competência desta Justiça Especializada para dar prosseguimento à execução penal, na forma do art. 62 do CPM.

IV - No delito de deserção dispõe o art. 88, inciso II, alínea a, da Lei Penal Militar, bem como o art. 617, inciso II, alínea a, do Código de Processo Penal Militar, ante as suas especificidades, é vedada a concessão do *sursis*.

V - Apesar do óbice legal, esta Corte, por questões de política criminal, vem concedendo o aludido benefício ao Réu que foi condenado em primeira instância, à pena inferior a 2 (dois) anos, e que venha a perder a condição de militar.

VI - A competência para conceder o *sursis* fica a cargo do Conselho Julgador de Justiça, do magistrado federal ou do STM, na forma da Lei nº 8.457/1992, alterada pela Lei nº 13.774/2018, e não pelo Juízo de Execução.

VII - Concessão de Habeas Corpus de Ofício, à luz da norma contida no art. 470, *in fine*, combinado com o art. 467, alínea *h*, ambos do CPPM. Extinção da punibilidade do crime imputado ao Executado, em decorrência da prescrição da pretensão executória, à luz do art. 126, § 1º, alínea *a*, no art. 125, inciso VII e seu § 1º, e 133, todos do CPM.

VIII - Recurso em Sentido Estrito. Negado provimento. Decisão unânime.

IX - Habeas Corpus de ofício. Decisão unânime.

---

## DECISÃO

Sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Vice-Presidente, no exercício da Presidência, presente o Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi, representante do Ministério Público, o Plenário do Superior Tribunal Militar, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso defensivo, para manter a Decisão proferida pela Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM nos autos da PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, e concedeu **habeas corpus**, de ofício, com base no art. 470, *in fine*, c/c o art. 467, alínea “h”, ambos do CPPM, para declarar extinta a punibilidade do crime imputado a Iuri Aguiar Alves Pinto, diante da ocorrência da prescrição da pretensão executória, com fulcro no art. 126, § 1º, alínea “a”, no art. 125, inciso VII e seu § 1º, todos do CPM, nos termos do voto do Relator Ministro José Barroso Filho.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias, Carlos Vuyk de Aquino, Leonardo Puntel, Celso Luiz Nazareth, Carlos Augusto Amaral Oliveira e Cláudio Portugal de Viveiros. Ausência justificada dos Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Lúcio Mário de Barros Góes. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial, Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado, e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 16/11/2021).

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo Representante da Defensoria Pública da União, contra a Decisão proferida pela Juíza Federal

Substituta da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da Execução da Pena nº 7000172-61.2019.7.03.0103, de 18 de junho de 2021, que determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor de Iuri Aguiar Alves Pinto, declarou-se incompetente para o prosseguimento da execução e determinou a expedição da guia de recolhimento, com a remessa dos autos à Vara de Execuções Criminais do RS, assim que cumprido o respectivo mandado, na forma do art. 62 do CPM e da Súmula nº 192 do STJ (Processo nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 87, DEC1).

O Recorrente foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, em 27 de setembro de 2018, à pena de 6 (seis) meses de detenção, convertida em prisão, à luz do art. 59, pela prática do crime previsto no art. 187, ambos do CPM, com a detração do período em que permaneceu preso cautelarmente, com o direito de apelar em liberdade (APM nº 7000013-55.2018.7.03.0103, evento 133).

O Colegiado desta Corte, em julgamento realizado no dia 8 de agosto de 2019, nos autos da Apelação nº 7000008-98.2019.7.00.0000, por unanimidade, rejeitou a preliminar de inconstitucionalidade; por maioria, rejeitou a preliminar de falta de condição de procedibilidade/prosseguibilidade da ação penal militar.

No mérito, sem divergência de votos, negou provimento ao Apelo defensivo, para manter na íntegra a Sentença condenatória recorrida (Apelação nº 7000008-98.2019.7.00.0000, eventos 46 e 55).

O trânsito em julgado operou em 30 de outubro de 2019 (Apelação nº 7000008-98.2019.7.00.0000, evento 66).

Mediante Portaria de 7 de novembro de 2019, foi instaurado Procedimento Executório por determinação da Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 1, PORT8).

A aludida magistrada, em Decisão proferida no dia 19 de fevereiro de 2020, após analisar pedido da Defesa, declarou extinta a punibilidade do Recorrente, diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 123, IV, do CPM (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 17, DEC1).

O Tribunal, em julgamento realizado em sessão virtual de 31 de agosto a 3 de setembro de 2020, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 7000283-13.2020.7.00.0000, por maioria, deu provimento ao recurso ministerial, para cassar a Decisão guerreada, determinando o prosseguimento do PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, no juízo a quo, com trânsito em julgado em 20 de março de 2021 (Recurso em Sentido Estrito nº 7000283-13.2020.7.00.0000, eventos 21,31 e 39).

O Réu foi licenciado das fileiras do Exército, *ex officio*, a contar de 24 de abril de 2019 (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 76, ANEXO2).

Adiante, o Juízo Federal de Execução da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM, diante da manifestação das Partes, em Decisão proferida no dia 18 de junho de 2021, determinou a expedição de mandado de prisão, em desfavor do Réu e, desde logo, declarou a incompetência do Juízo Federal Castrense para o prosseguimento da execução; determinou ainda a expedição da guia de recolhimento, tão logo fosse comunicado o cumprimento do referido mandado, bem como a remessa dos autos à Vara das Execuções Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, à luz do art. 62 do CPM e da Súmula nº 192 do STJ (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 87, DEC1).

A intimação da Defesa foi expedida em 21 de junho de 2021; a sua confirmação se deu em 1º de julho de 2021 e o recurso foi interposto em tempo hábil no dia 6 de julho de 2021 (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, eventos 89, 91 e 93).

Em suas Razões de Recurso, o Representante da Defensoria Pública da União requer a reforma da Decisão, para que seja extinta a punibilidade do Réu, haja vista a perda da condição de militar; ou, alternativamente, seja concedida a suspensão condicional da pena, afastando-se as disposições do art. 88, inciso II, alínea a, do CPM, e do art. 617, inciso II, alínea a, do CPPM. E, ao final, em não havendo retratação do Juízo, que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 100).

O Promotor de Justiça Militar, em atuação na 1ª Auditoria da 3ª CJM, requer o desprovemento do recurso, que seja reconhecida a inexistência do efeito suspensivo, por ausência de previsão legal, e determinada a prisão do Réu, nos termos da lei (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 103, REC1).

Em Juízo de Retratação, a aludida magistrada federal manteve os fundamentos da Decisão recorrida, na forma do art. 520 do CPPM, e determinou a remessa dos autos ao STM (PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, evento 105, DEC1).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar da União, instada a se manifestar, opina pelo desprovemento do recurso, para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida (Recurso em Sentido Estrito nº 7000591-15.2021.7.00.0000, evento 8, 1-PAREC MP).

É o Relatório.

## VOTO

O recurso é tempestivo e atende os demais pressupostos exigidos em lei, devendo ser conhecido. **No mérito, deve ser desprovido o recurso defensivo**, pelas razões a seguir.

A representante da Defensoria Pública da União recorre da Decisão proferida pela Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM, e requer a extinção da punibilidade de Iuri Aguiar Alves Pinto, ex-Sd Ex, pela perda da condição de militar; ou, alternativamente, a concessão do benefício da suspensão condicional da pena, afastando-se as disposições do art. 88, inciso II, alínea a, do CPM, e do art. 617, inciso II, alínea a, do CPPM. E, ao final, em não havendo retratação do Juízo, que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso.

Segundo a norma processual castrense, a execução da pena compete ao Juiz Federal da Justiça Militar da Auditoria por onde tramitou o processo, ou, em se tratando de competência originária do Superior Tribunal Militar, ao seu Presidente (Art. 588 do CPPM).

No presente caso, o Procedimento de Execução Penal nº 7000172-61.2019.7.03.0103 está em curso na 1ª Auditoria da 3ª CJM, aguardando a expedição de Mandado de Prisão, em desfavor do Recorrente, conforme a Decisão do dia 18 de junho de 2021.

Como foi apontado no Relatório do referido PEP, a Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da 1ª Auditoria da 3ª CJM, desde a instauração até a presente data, atuou de acordo com a legislação processual penal militar, a quem cabe dirimir todos os incidentes de execução.

O Recorrente, à época do delito, detinha a condição de militar, inclusive quando do recebimento da inicial, sendo licenciado *ex officio* das fileiras do Exército em 24 de abril de 2019.

No tocante ao processo de Deserção, a condição de militar é exigida tão somente no momento do recebimento da exordial, na forma do art. 457, § 3º, do CPPM, não fazendo qualquer exigência enquanto tramitar a referida ação penal militar.

Ainda, o Enunciado de nº 12 do STM preceitua que a praça sem estabilidade **não pode ser denunciada** sem ter readquirido a condição de militar. Como se vê, tornando-se tal requisito indispensável somente no momento da instauração da ação penal militar.

Dessa forma, o Réu respondeu a toda a Ação Penal Militar nº 7000013-55.2018.7.03.0103, desde a sua instauração até momento anterior ao julgamento da respectiva Apelação, por este Tribunal.

No entanto, após a instauração do Procedimento Executório, chegou aos autos a informação acerca do licenciamento do Executado do âmbito das fileiras do Exército, a contar de 24 de abril de 2019.

A perda da condição de militar não extingue a punibilidade, como quer fazer crer a Defesa, mas tão somente afasta a competência desta Justiça

Especializada para dar prosseguimento à execução penal, na forma do art. 62 do CPM.

Acrescente-se que entre as causas de extinção de punibilidade, previstas no art. 123 do CPM, não há previsão legal quanto à perda do *status* de militar.

O tema evocado pela Defesa é tema recorrente nesta Corte, a qual já se posicionou, em sua maioria, que a qualidade de militar é exigida tão somente para o recebimento da Inicial.

No julgamento da Apelação nº 700008-98.2019.7.00.0000, o resultado não foi diferente. Na ocasião, a mesma preliminar aqui suscitada pela Defesa foi rejeitada, à unanimidade de votos, pelos Ministros desta Corte, por vislumbrarem que a perda superveniente da condição de militar não obsta o prosseguimento da ação penal militar.

O Acórdão traz à colação os fundamentos esposados pelo e. Min. Roberto Barroso, nos autos da Reclamação nº 26500, dirimindo de vez a questão, na forma a seguir:

8. O crime de deserção só pode ser cometido por militar, de tal modo que é uma consequência lógica deste entendimento que ser militar é condição necessária para a configuração do delito e, portanto, para a instauração da ação penal. **O prosseguimento da ação penal, no entanto, não depende de o indivíduo ter perdido ou não a condição de militar, pois elemento do tipo penal – ser militar – é aferido no momento da prática da conduta e da instauração da ação penal, e não no decorrer do processo.**

9. **A prevalecer o entendimento sustentado pelo reclamante, um funcionário público que estivesse sendo processado por peculato, e pedisse exoneração do cargo, teria extinto o seu processo, em razão de sua ilegitimidade passiva. Por essas razões, não há ilegalidade flagrante a ensejar a concessão da ordem de habeas corpus de ofício.** (Decisão publicada no DJE em 8/6/2018) (Grifo nosso).

Adiante, em julgamento no Agravo Regimental em Habeas Corpus, a Primeira Turma do STF posicionou-se no mesmo sentido, conforme a seguir:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. ARTIGO 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGADA PERDA DA CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **A condição de militar no crime de deserção deve ser aferida no momento do recebimento da denúncia, sendo despicando se**

**perquirir sobre a posterior exclusão do agente do serviço das forças armadas.** Precedentes: HC 152.740-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 25/10/2019; e HC 146.355-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 1º/8/2018.

2. *In casu*, o paciente foi condenado, perante o juízo de primeiro grau, à pena de 6 (seis) meses de detenção, com direito ao *sursis*, à detração penal e a recorrer em liberdade, sendo que a denúncia foi recebida em 9/4/2018, momento anterior ao afastamento do paciente do quadro das forças armadas.

3. O habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos.

4. O habeas corpus é impassível de ser manejado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal.

5. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9/5/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/5/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 1º/7/2015.

6. Agravo regimental DESPROVIDO. (HC nº 178791 AgR, Relator Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/5/2020, Processo Eletrônico DJe nº 151, Divulgação 17/6/2020, Publicação 18/6/2020) (Grifo nosso).

Por essas razões, o pedido defensivo de extinção da punibilidade, diante da perda do *status* de militar, ocorrido em momento posterior ao recebimento da Denúncia, deve ser rejeitado, por estar em desconformidade com a lei processual penal militar, com a jurisprudência deste Tribunal e a da Suprema Corte.

No tocante ao pleito de concessão do benefício da suspensão condicional da pena ao Réu pela referida magistrada federal da execução, conclui-se pela sua impossibilidade jurídica, pelas razões abaixo.

Primeiramente, o *sursis* é instituto de direito material e pode ser concedido, se observados os seus requisitos, na forma do art. 84 do CPM, no momento em que for proferida a Sentença.

Ao delito de deserção, no entanto, na forma do art. 88, inciso II, alínea a, da Lei Penal Militar, bem como do art. 617, inciso II, alínea a, do Código de Processo Penal Militar, ante as suas especificidades, é vedada a concessão do referido benefício.

A doutrina e a jurisprudência da Suprema Corte já se posicionaram quanto à recepção das normas acima citadas pela Constituição Federal, diante das peculiaridades das Forças Armadas, que se norteiam pela hierarquia e disciplina, cabendo assim a imposição de um sistema processual penal mais gravoso.

O Colegiado do STF, nos autos do HC nº 113857, assim concluiu:

EMENTA: Habeas Corpus. Penal Militar. Crime de deserção (CPM, art. 187). Suspensão condicional da pena. Vedação *ex lege* (CPM, art. 88, II, a). Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Flexibilização. Admissão do *sursis*. Consideração necessária por parte do julgador (CPM, art. 84). Declaração de não recepção pela Constituição de 1988 de parte da alínea a do inciso II do art. 88 do CPM. Inaplicabilidade no caso concreto. Empate. Ordem concedida na forma regimental (RISTF, art. 146, parágrafo único).

1. A norma em questão avilta mais diretamente a equidade, pela qual se espera harmonia na aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais.

2. Assim como deve o legislador, ao estabelecer tipos penais incriminadores, inspirar-se na proporcionalidade, não cominando sanções ínfimas para crimes que violem bens jurídicos de relevo maior, nem penas exageradas para infrações de menor potencial ofensivo, deve ele observar esse mesmo preceito no que diz respeito às normas tendentes à individualização dessas penas, atentando para as condições específicas do violador da norma e para as consequências da infração por ele cometida para o bem jurídico tutelado pela lei e para a eventual vítima do crime.

3. Feitas essas considerações, é o caso de superar, em parte, o disposto na alínea a do inciso II do art. 88 do Código Penal Militar (vedação legal à suspensão condicional da pena), admitindo-se o *sursis* no crime de deserção para aquele que preencha todos os demais requisitos previstos no art. 84 do CPM.

4. Em face de empate na votação, não se pode declarar a não recepção pela Constituição de 1988 da parte da alínea a do inciso II do art. 88 do Código Penal Militar em que se exclui, em tempo de paz, a suspensão condicional da pena para os condenados pelo crime de deserção.

5. Ordem concedida, na forma regimental. (HC nº 113857, Relator Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 5/12/2013, Processo Eletrônico DJe-213, divulgação 29/10/2014, publicação 30/10/2014).

Adiante, em julgamento proferido em 6 de setembro de 2019, de igual forma, trouxe o mesmo posicionamento, como se vê na forma abaixo:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). DELITO AO QUAL SE VEDA A CONCESSÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (ART. 88, II, a, DO CPM). SANÇÃO INFERIOR A DOIS ANOS DE RECLUSÃO/DETENÇÃO. CONVERSÃO DA REPRIMENDA EM PRISÃO (ART. 59 DO CPM). PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

1. Assentada como válida a opção política do legislador de conferir tratamento mais gravoso aos condenados pelo delito de deserção, em razão da hierarquia e disciplina (CF, art. 142), princípios constitucionais

sobre os quais se fundam as instituições militares, não se vislumbra qualquer ofensa a princípios basilares do Direito Penal a aplicação do regramento específico previsto no art. 59 do CPM, que determina a conversão da pena de reclusão ou detenção em prisão, a ser cumprida em estabelecimento militar distinto para praças e oficiais, quando incabível a suspensão condicional da pena.

3. Na espécie, a incidência do dispositivo decorre do fato de o agravante ter sido condenado à pena de 6 meses de detenção pela prática do crime de deserção, para o qual o artigo 88, II, a, do CPM veda expressamente a suspensão condicional da pena.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (HC nº 173319 AgR, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 6/9/2019, Processo Eletrônico DJe nº 204, divulgação 19/9/2019, publicação 20/9/2019).

Dessa forma, a vedação legal não fere qualquer princípio constitucional, diante do princípio da especialidade das leis.

Assim, a não concessão do benefício se encontra respaldada em dispositivos legais devidamente recepcionados pela Lei Maior.

Apesar do óbice legal, esta Corte, por questões de política criminal, vem concedendo o aludido benefício ao Réu que foi condenado em primeira instância, à pena inferior a 2 (dois) anos, e que venha a perder a condição de militar.

Mas, repise-se, ***tal concessão ocorre em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação***, seja na Sentença, seja em sede de Apelação ou de outro recurso cabível.

A competência para conceder o *sursis* fica a cargo do Conselho Julgador de Justiça, do magistrado federal ou do STM, na forma da Lei nº 8.457/1992, alterada pela Lei nº 13.774/2018, e não pelo Juízo de Execução.

Não há como se conceder tal benefício no momento da execução da pena.

A título de embasamento, trazem-se à colação os ensinamentos do Professor Cezar Roberto Bittencourt<sup>195</sup> quando aponta o posicionamento doutrinário majoritário acerca da natureza do instituto, como sendo um direito público subjetivo do condenado e conclui, na forma a seguir:

Ora, a condenação aplicada no julgamento que concedeu o *sursis* não ficou dependente de qualquer condição para passar em julgado, bem como sua eficácia. E, ademais, em que pese a suspensão do cumprimento da pena principal, todos os demais efeitos da condenação permanecem válidos.

---

<sup>195</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Parte Geral* - Coleção Tratado de direito penal. volume 1, 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 897-98.

Tal enunciado reforça a necessidade de o Condenado ser recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição comum, para fins de efetivação da competência do Juízo das Execuções Penais.

À luz dos arts. 594 e seguintes do CPPM, compete ao Juízo de Execução Federal da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM a expedição do respectivo Mandado de Prisão em desfavor do Recorrente, como de fato foi procedido pela Magistrada. Após o seu cumprimento, será expedida a carta de guia ao Conselho Penitenciário, no caso, à Vara das Execuções Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, com a remessa dos autos.

Assim, a execução da pena do Recorrente ficará a cargo da Justiça Comum, sob a legislação a esta aplicada, sendo-lhe garantidos todos os benefícios nela previstos.

Por último, diante de todos os fundamentos explanados, a concessão do efeito suspensivo ao recurso em tela pleiteado pela Defesa não merece prosperar, em face da previsão legal expressa da competência da Justiça Comum para dar prosseguimento à execução penal, quando se tratar de jurisdicionado Civil.

**Ante o exposto**, nego provimento ao recurso defensivo, para manter a Decisão proferida pela Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM, nos autos da PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103.

Concedo Habeas Corpus de ofício, na forma do art. 467, alínea *h*, combinado com o art. 470, *in fine*, ambos do CPPM, para declarar a extinção da punibilidade do crime imputado a Iuri Aguiar Alves Pinto, diante da ocorrência da prescrição da pretensão executória, com fulcro no art. 126, § 1º, alínea *a*, no art. 125, inciso VII e seu § 1º, no art. 129 e no art. 133, todos da Lei Penal Militar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento por videoconferência, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, na conformidade do Extrato da Ata de Julgamento, **por unanimidade**, em negar provimento ao Recurso defensivo, para manter a Decisão proferida pela Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da União da 1ª Auditoria da 3ª CJM nos autos da PEP nº 7000172-61.2019.7.03.0103, e em conceder habeas corpus, de ofício, com base no art. 470, *in fine*, c/c o art. 467, alínea *h*, ambos do CPPM, para declarar extinta a punibilidade do crime imputado a Iuri Aguiar Alves Pinto, diante da ocorrência da prescrição da pretensão executória, com fulcro no art. 126, § 1º, alínea *a*, no art. 125, inciso VII, e seu § 1º, todos do CPM.

Brasília, 16 de novembro de 2021 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.



---

## ÍNDICE DE ASSUNTO



## **A**

### **Ação Direta de Inconstitucionalidade**

Operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO)

Justiça Militar da União

juízo de crimes pela, 72-73

### **Acordo de colaboração (Argentina), 127**

efeitos, 128

### **Acordo de Londres, 90**

### **Acordo de não persecução penal**

Aplicação, 305-306

### **Aeronáutica ver Força Aérea Brasileira**

### **Apelação**

abandono de posto, 299

consumação, 310-311

corrupção passiva, 391

falsidade ideológica, 347, 379-380

falsificação do selo ou sinal público, 205

peculato, 510

peculato-apropriação, 503

posse de substância entorpecente, 335

**Apelação (continuação)**

violação do dever funcional com o fim de lucro, 230, 251, 267, 272

uso de documento falso, 277

definição, 293

**Aplicação da pena**

Conceito, 267-268

**Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**

Justiça Militar da União

Julgamento de civil pela, 72

**C****Centro Nacional de Oficiais e Praças do Exército (CNOPEX), 209****Código Penal (França)**

aplicação, 153

**Condução relevante, 275****Conflito Armado Internacional, 23-24****Convenção de Genebra**

Protocolo I, 42

Objetivos militares, 43

Bens civis, 43

**Correição parcial**

declínio de competência, 540

inquirição de testemunha, 555

juízo de admissibilidade, 552

**Corrupção, 274****Corrupção ativa (CPM), 422****Corrupção passiva, 482-483****Crime formal**

conceito, 273

**Crime militar em tempo de paz**

Definição, 69-71

**D**

**Decadência**, 605

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 93-95, 135

**Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas**, 106

**Decreto-Lei nº 898/1969 ver Lei de Segurança Nacional**

**Delação premiada (Argentina)**

delator premiado, 117

história, 118-120

**Deserção**, 660

**Direito de Guerra**

princípio

*Jus ad bellum*, 24-26

**Direito Internacional dos Direitos Humanos**, 39

**Direito Internacional Humanitário**

aplicação, 41-42

definição, 27-28

fontes, 32-35

histórico, 29-32

princípio

distinção, 38-39

humanidade, 35-36

*Jus in bello*, 24, 26-29

limitação, 38

necessidade militar, 36

proporcionalidade, 37

**Direitos Indígenas**, 105

Constituição Federal de 1988, 105

**Direito Penal Premiado (Argentina)**, 131

**Dosimetria da pena**, 525

**E****Embargo de declaração**, 565, 573**Embargos Infringentes e de Nulidade**

difamação

crime continuado, 621, 630

**Energia elétrica**, 100**Estelionato**

consumação, 462

**Estado de necessidade (França)**, 161**Execução de sentença**

competência, 544-545

**Exército Brasileiro**

atribuição subsidiária, 60

uso de símbolos, 217, 222

**F****Faixa de fronteira**

definição, 58

Forças Armadas

atuação, 58

**Força Aérea Brasileira**

atribuição subsidiária, 60-61

**Forças Armadas (Brasil)**

atribuição subsidiária, 59

atuação, 51, 53

definição, 55

emprego, 57, 63-64, 81

intervenção federal, 73-74

poder de polícia, 54

**Forças Armadas (França)**, 147

**H**

**Hidroelétrica de Guri (Venezuela), 102**

**I**

**Inquérito policial militar**

nulidade, 413

**Intervenção federal**

Operação de Garantia da Lei e da Ordem, 75

**J**

**Juiz da execução penal**

competência, 549-550

**Juiz Federal da Justiça Militar**

competência, 547

**Justiça Militar da União**

competência

questionamento, 72

**L**

**Lei Complementar 117/2014, 54**

**Lei Complementar 136/2010, 54**

**Lei Complementar 97/1999, 55**

**Lei de Anistia, 194**

**Lei de Segurança Nacional, 192**

**Lei supressiva de incriminação, 378**

**Licitação**

fraude, 425

**Linhão de Tucuruí, 101-102, 111, 114**

**M**

**Marinha do Brasil**

atribuição subsidiária, 59-60

**Michels, Clóvis**

sequestrador, 190

condenação, 193

**Militar (França)**

estatuto penal, 173

**O****Operação Acolhida, 76-79****Operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), 50, 57**

atuação, 66

consequência, 79

história, 51

legislação, 55, 65

**Operação de Garantia da Votação e Apuração (GVA), 63-64****Operação Verde Brasil, 61-63****Organização Internacional do Trabalho**

Convenção nº 169, 107-111

**P****Pena**

desnecessidade, 310

**Pena privativa de liberdade**

substituição, 217, 225

**Princípios**

correlação, 364

incomunicabilidade de testemunhas, 249

insignificância, 338-339

fungibilidade, 554

proporcionalidade, 338

razoável duração do processo, 220

**Prescrição da pretensão punitiva, 364, 416, 607**

**R****Recurso em sentido estrito**

denúncia

rejeição, 639-640, 650

ingresso clandestino, 639

tipificação, 646

perda da condição de militar, 655

**Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato, 587****Roraima**

desenvolvimento econômico

ausência de, 103

energia elétrica, 101

dependência, 104

**Rules of engagement (ROE), 151****S****Segunda Guerra Mundial (1939-1945)**

história, 87-88

**Sequestro de aeronave, 189**

Inquérito Policial Militar, 191

***Sursis***

vedação, 207

**Sustentação oral, 228****T****Teoria subjetiva causal ou extensiva, 274****Tribunal Militar de Nuremberg, 86, 88-91, 96****Tribunal Penal Internacional**

composição, 92

criação, 91

**Tribunal Penal Internacional (continuação)**

definição, 92

princípios, 93

**Tribunal Superior Eleitoral**

competência, 64, 67

Impressão e acabamento:  
Seção de Editoração e de Revisão do Superior Tribunal Militar

---

Formato: 17 x 26 cm  
Papel do miolo: Gloss 80g/m<sup>2</sup>  
Papel da capa: Couchê 150 g/m<sup>2</sup> (color)  
Fonte: ZapHumnst BT  
Número de páginas: 674  
Acabamento: Capa dura

